النظام القانونى
للتعاقد بنظام BOOT



الدكتورة

مى محمد عزت على شرباش

وكيل أول النيابة الإدارية



دار الجامعة الجديدة

دار الجامعة الجديدة
٣٨ - ٤٠ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية
تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩ - ٤٨٥١١٤٣ - ٠٣
E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com
www.darggalex.com
info@darggalex.com

النظام القانوني

للتعاقد بنظام

BOOT

النظام القانوني

للتعاقد بنظام

BOOT

بحث لنيل درجة الدكتوراه

مقدم من الطالبة

مى محمد عزت على شرباش

وكيل أول النيابة الإدارية

٢٠١٠



دار الجامعة الجديدة

٣٨ - ٤٠ش سوتير - الأزاريطـة - الأسكنـدرية

تليفون :٤٨٦٣٦٢٩، ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس:٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail:darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

اهـــداء

إلى والدىّ وأختى

شكر وتقدير

تتقدم الباحثة بعظيم الشكر والتقدير لكل من الأستاذ الدكتور رضا عبد الحميد السيد أستاذ القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق - جامعة عين شمس والأستاذ الدكتور محمد باهى أبو يونس أستاذ القانون الإدارى والدستورى بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية لتشريفى بقبولهما المشاركة فى مناقشة هذه الرسالة.

كما لا يفوتنى أن اتقدم بخالص الشكر والعرفان لكل من ساعدنى على إنجاز هذا العمل ، وأخص الشكر الأستاذ الدكتور المعتصم بالله الغريانى أستاذ القانون التجارى بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية والسيد / زياد احمد عادل حشيش عضو بعثة كلية حقوق الاسكندرية إلى فرنسا اللذين قاما بإمدادى بالمراجع الانجليزية والفرنسية المتعلقة بموضوع البحث.

كما اتقدم بخالص شكرى وعظيم تقديرى للجنة القانون التجارى بالأمم المتحدة (اليونسترال) ومكتبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية وجميع العاملين بها على ما احاطونى به من رعاية ومساعدة خلال فترة اعداد هذا العمل ، جزاهم الله عنا خير الجزاء .

الباحثة

المقدمة

مشاركة القطاع الخاص فى البنية الأساسية

كانت الدولة في بداية عهدها تلتزم، بوصفها سلطة عامة،بكفالة الأمن حفاظا علي سيادتها باعتباره مقوما أساسيا من مقوماتها. وفي مرحلة لاحقة على نشأتها اتسع هذا الدور وأصبح للدولة وظيفة اجتماعية ، فظهرت مسئوليتها عن تقديم الخدمات الصحية وكفالة مستوى معيشي معقول لمواطنيها ، كما وضع علي عاتقها توفير الخدمة التعليمية ...الخ

ومع انهيار اقتصاديات الدول بسبب نشوب الحرب العالمية الثانية ازداد تدخل الدولة، فأخذت الدول الحديثة العهد بالاستقلال علي عاتقها عبء التنمية. وساهم في زيادة هذا التدخل الفكر الاشتراكي المتنامي والداعي إلى تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي . وهكذا خرجت الدولة من نطاق دورها كحارس لتقوم بدور المنتج المسيطر علي وسائل الإنتاج، وواضع السياسات الاقتصادية والنقدية التي تمكنه من تلبية احتياجات الأفراد المتزايدة والداعية إلى زيادة تدخلها .

ولما كانت الدولة ملتزمة بتوفير هذه الخدمات ، بات من الواجب الحصول علي موارد مالية لتمويلها وتوفيرها لمواطنيها. فكانت تحصل عليها من خلال التمويل الذاتي،[1] إلا أن هذا الأسلوب من التمويل لم يلق نجاحا بسبب ضعفه وعدم كفايته. فلجأت الدولة إلى الاقتراض الخارجي الذي لم يكن من الكفاية بحيث يغطي التمويل اللازم، بالإضافة إلى مخاطر المديونية وما ينشأ عنها من تهديد للاستقلال الاقتصادي والسياسي.[2]

---

[1] التمويل الذاتي إما أن يكون اجماليا ،وهو يمثل المصادر المالية الداخلية للتمويل ويتمثل في الاحتياطيات السائلة ومقابل الاستهلاكات ،وإما أن يكون صافيا ،ويشمل الارباح والاحتياطي مخصوما منها الاستهلاكات.راجع مصطفي رشدي شيحة ،الاقتصاد النقدي والمصرفي ،دار المعرفة الجامعية ،١٩٩٥ ،ص٢٧٣ الهامش.

[2] كما هو الحال بالنسبة لامتياز قناة السويس.

وبانهيار النظام الاشتراكي تنامى التوجه نحو اقتصاد السوق وخصخصة المشروعات وتحرير التجارة الدولية مما ترتب عليه اتساع الالتزام بتقديم الخدمات الأساسية . فلم يعد هذا الالتزام قاصرا علي الدولة بل امتد ليشمل القطاع الخاص. وساهم في زيادة تدفق رأس المال علي مشروعات البنية التحتية في الدول النامية عاملان: أولهما: السماح للقطاع الخاص بالمشاركة في تمويل خدمات البنية التحتية؛ وثانيهما: مساهمة أسواق رأس المال الدولية في تقديم القروض طويلة الأجل لتمويل هذه المشروعات التي تستغرق مدة زمنية طويلة لاسترداد تكاليف إنشائها[1].

من جانب آخر، تطورت وظيفة مشروعات البنية التحتية وازداد اتساعها وتحولت من مجرد إشباع خدمة الاحتياجات الداخلية للدولة إلى خدمة معدة للتصدير: أي إقامة مشروعات البنية الأساسية التي تربط بين الدولة والدول المجاورة أو المحيطة بها، أو مجموعة من الدول، أو إقامة مرفق من المرافق العامة لإنتاج وتقديم خدمة معينة لا لإشباع احتياجات السوق المحلي فحسب، بل ولتصديرها إلى دول مختلفة مثل مشروعات تصدير الطاقة الكهربائية، وإنشاء المناطق الحرة، والموانئ البحرية والأرصفة المتنقلة[٢] .

وقد شاع استخدام أساليب تمويل مشروعات البنية التحتية بواسطة القطاع الخاص في الدول النامية والمتقدمة على حد سواء. ومثال ذلك مشروع الطريق السريع la Venta- Colegio highway في المكسيك وكذلك مشروع الطاقة الكهربائية بولاية فيرجينيا بالولايات المتحدة. ويعد نظام الBOOT واحدا من أهم هذه الأساليب.

---

[1] أنظر موقع البنك الدولي علي الشبكة :

http :// econ .worldbank.org/infrastructure/wp1861

مقال Dailami Mansour , Danny Leipziger ,infrastructure project finance and capital flows :new perspective.

[2] محسن أحمد الخضيري ،التمويل بدون نقود ،مجموعة النيل العربية ،بدون تاريخ ،ص٢١ .

ثانيا: التطور التاريخي لعقد البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية:

ترجع نشأة التعاقد بنظـــام Build, Own, Operate, Transfer (BOOT) إلى القرن التاسع عشر عندما منحت الحكومة المصرية لشركة فرنسية حق امتياز لحفر وشق قناة السويس. وقد نصت المادة الرابعة مــن فرمان الامتياز الأول الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٨٥٤ على أن " تعهد إدارة القناة للشركة على أن تكون جميع الأعمال تجري على نفقة الشركة وحدها".

كما قررت مادته الخامسة أن منح الشركة بدون مقابل جميـــع مـــا يلزمها من أراض ليست ملكا للأفراد، ويكون من حق الحكومة الحــصول على ١٥% من صافي الأرباح ما عدا الفوائد والحصص الخاصة بالأســهم التي تحتفظ الحكومة بحق الاكتتاب فيها لدى اصدارها، ويوزع الباقي مــن الربح على الشركة بنسبة ٧٥% والأعضاء المؤسسين بنسبة ١٠%.

وبالإضافة لما سبق، فقد نص فرمان الامتياز الثاني الصادر في ٥ يناير ١٨٥٦ في المادة السابعة منه على "التزام الشركة بالقيام على نفقتهـــا بصيانة القناة البحرية والمرافئ التابعة لها والقناة المتصلة بالنيـــل والقنـــاة المتفرعة عنها".[1]

ونص الفرمان على أن "يتم الاتفاق على رسم المرور في القناة بين الخديوي والشركة، وعند انتهاء امتياز هذه الشركة (وهي تسعة وتـــسعون عاما) تحل الحكومة المصرية محلها وتستولي على القناة وعلى كل المنشآت التابعة لها".[2]

فالتعاقد بنظام (boot) ،إذاً، يمتد بجذوره التاريخية لما أطلق عليه " عقود امتياز قناة السويس" التي أبرمها خديوي مصر مع المسيو دي ليسيبس.

وحديثا، وتحديدا في منتصف الثمانينات، أخذت بنظام بـــوت boot

---

[1] بطرس بطرس غالي، قناة السويس ومشكلاتها ١٨٥٤- ١٩٥٧ ، ج ٢ الوثائق الدولية، مطابع البصير بالاسكندرية، طبعة ١٩٥٨، صـــ ١ وما بعدها.

[2] بطرس بطرس غالي، المرجع السابق، أطوار قضية القناة، الجزء الأول، صـــ ٥.

كل من فرنسا وبريطانيا حيث تم إبرام عقد نفق المانش (The Channel Tunnel) - الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا- بين الحكـومتين الفرنـسية والبريطانية، من جهة، وشركة يوروتانـال (Euro tunnel) مـن جهـة أخرى.

وفي تركيا، دعا رئيس الوزراء الراحـل تورجـوت أوزال إلـى استخدام هذا الأسلوب في مشروعات البنية التحتية في تركيا ، ويرجع إليه الفضل في استخدام مصطلح boot لأول مرة للإشارة إلى هذا النوع مـن المشروعات.[1]

ثالثا:المصادر القانونية لتنظيم عقد الـــ (boot) - والافتقـار لتنظـيم تشريعي:-

ولا يوجد في مصر تشريع خاص يشتمل على القواعد العامة التـي تحكم التعاقد بنظام الB.O.O.T. بل اكتفي المشرع بإصـدار التـشريعات المنظمة لعقود B.O.T لكل قطاع من قطاعات البنية التحتية، أشار فيها إلى امكانية الأخذ بمثل هذا النظام.

أ- ففي قطاع الكهرباء نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعـدل لبعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦،[2] على إنـشاء هيئـة كهرباء مصر وأجاز منح التزامات المرافق العامـة للمـستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليـد الكهرباء وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لـسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة.

ب- وفي قطاع الطرق العامة أكد القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦[3]،علي حق المستثمر في استغلال مساحات واقعة علي جانبي الطريق وفي

---

[1] مقال بعنوان " مفهوم البناء والتشغيل والنقل (البوت Bot) مشار إليه على الموقع : http://www.buildexonline.com/

[2] النشرة التشريعية، العدد الساس، يونيه ١٩٩٦، صـــ ٧٤١

[3] النشرة التشريعية، العدد السابع، يوليو ١٩٩٦، صـــ ٩٩٧.

بدايته وفي نهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات الخدمة وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم الطريق والمارة.

ج- وفي قطاع الموانئ التخصصية قرر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة[1] لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، حق الملتزم في تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء وذلك بالفئات التي تحدد في وثيقة الالتزام.

كما نص علي تخويل الملتزم، بالنسبة للمطارات وأراضي النزول محل الالتزام، السلطات والاختصاصات الخاصة بالضبط الإداري وذلك في حدود الشروط الواردة في عقد الالتزام.

وأخيرا، حظر القانون المذكور الحجز أو مباشرة اجراءات التنفيذ علي المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات وما بداخلها من مهمات وأدوات لازمة لسير المرفق محل الالتزام.

وإذا كانت القوانين المشار إليها قد انصرفت إلى امكان الأخذ بنظام B.O.T ولم يرد فيها التعاقد بنظام B.O.O.T، فإنه لا يوجد فى الاعتبارات القانونية ما يحول بين جهة الإدارة وإصدار تراخيص مشاركة القطاع الخاص فى تمويل وإنشاء وإدارة وتملك البنية التحتية بنظام B.O.O.T ، خصوصا وإن المادة الرابعة من الدستور المصرى نصت على أن " يقوم الاقتصاد على حرية النشاط الاقتصادي والعدالة الاجتماعية وكفالة الأشكال المختلفة للملكية والحفاظ على حقوق العمال".

كما أن نص المادة ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على

---

[1] النشرة التشريعية ، العدد الثاني، فبراير ١٩٩٧، صـ ٢٠٥ وما بعدها.

أنه " تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق ، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية ، فاذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى".

فهذا النص يعنى رغبة المشرع فى إنزال اتفاقات المتعاقدين منزلة الصدارة بين مصادر التشريع فى قانون التجارة ، وهو ما يسمح للمتعاقدين بوضع القواعد التي تتلاءم وخصوصية عقود البناء والتشغيل والتملك ونقل ملكية مشروعات البنية التحتية دون التقيد بأحكام المصادر الأخرى لقانون التجارة، ولا يحد هذه القواعد الاتفاقية سوى وجوب عدم تعارضها والنظام العام في الدولة المضيفة ، وهو قيد من المرونة بحيث لم يعد يمثل عقبة حقيقية على إرادة الأطراف.

وترتيبا على ذلك ، فإن عقد ال B.O.O.T يمثل الإطار القانوني الحاكم للعلاقة بين جهة الإدارة والشركة التي تتولى خلق المشروع ، وله الأولوية على باقى المصادر المشار إليها فى النص.

اشكالية البحث:-

تتجه الحكومه إلى التعاقد بنظام (BOOT) بهدف تنفيذ مشروع معين، وتتم هذه العمليه من خلال منح شركة المشروع امتيازا أو ترخيصا لإنشاء وإدارة مشروع من مشروعات البنية الأساسية يكون في العادة ذا نشاط اقتصادى ومن ثم كان من الضروري الوقوف على ماهية عقد (boot) ، وتكوينه **(القسم الأول)** . ومن أجل تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها تقوم بإبرام مجموعة من العقود للقيام بالأعمال التنفيذية للمشروع .وفي سبيل تنفيذ ذلك تلجأ إلى الاتفاق مع البنوك والمؤسسات المالية لتمويل المشروع. ومن ثم تنشأ مجموعه من العلاقات المترابطة والمتداخلة لتنفيذ

المشروع، فهناك علاقات تنشأ بين الحكومه وشركة المشروع من جانـب، وبين شركة المشروع ومنفذى المشروع من جانـب آخـر وبـين شـركة المشروع والممولين من جانب أخير، وهو مايمثل دينامية عقـد (boot) وتنفيذه (القسم الثاني).

تقسيم الموضوع :-

وعلى ضوء ما سبق سينقسم هذا البحث إلى قسمين :

القسم الأول : في ماهية عقد ال(boot) وتكوينه

القسم الثانى: في دينامية عقد ال(boot) وتنفيذه

القسم الأول

ماهية عقد

الـ B.O.O.T.

وتكوينه

مقدمه

يقتضى إبرام عقد (boot) الدخول فى علاقات قانونية متشابكة :

فهناك أولا اتفاق مشاركة تتفق -بمقتضاه- شركتان أو اكثر علـــى تكوين شركة تضم مجموعة من المساهمين لغرض وحيد، هو تمويل و بناء وتملك وتشغيل أحد مشروعات البنية الأساسية ذات الطـــابع الاقتــصادى. وإذا ما اختارت الجهة الحكومية المعنية هذه الشركة، تتولى إبــرام اتفــاق الترخيص معها بحيث يشمل هذا الاتفاق حقوق والتزامات كل مــن الجهــة الحكومية وشركة المشروع.[1]

وقبل الحديث عن تكوين عقد ال B.O.O.T ، يتعين التطرف ابتداءً إلى تحديد ماهيته وخصائصه.

ونظرا لأن مشروعات (boot) تواجه العديد من المخاطر، كــان من اللازم أن يكون هناك ضمانات تكفل نجاح تلك المشروعات، وتحقيــق التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف بما يحقق الغاية المرجوة .

ومن ثم سيتم توزيع هذا القسم على بابين :-

الباب الأول :- تصنيف العقد وخصائصه .

والباب الثاني :- تكوين العقد ومخاطره.

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٥٤ .

الباب الأول

تصنيف العقد وخصائصه

مقدمة:

شاع في الدول المتقدمة والنامية استخدام أسلوب التعاقد بنظام (boot) لتمويل تشييد وتشغيل وإدارة وتملك ونقل ملكية مشروعات البنية التحتية. وقد ثار الجدل حول طبيعة هذا التعاقد وما إذا كان عقدا من عقود القانون العام، أم من عقود القانون الخاص.

على ضوء ما سبق سينقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: مفهوم العقد وخصائصه .

الفصل الثاني: عقد الBOOT بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص

الفصل الأول

مفهوم العقد وخصائصه

تمهيد :

أنواع المشاركة المختلفة وتمييز بعضها عن البعض الآخر :-

تتخذ مشاركة القطاع الخاص في تقديم الخدمات العامة العديد من الصور، وهي تتدرج من حيث مدتها ودرجة الاعتماد علي القطاع الخاص في أدائها، ففي الدرجات الدنيا من مشاركة القطاع الخاص يكون المتعاقد مع الإدارة غير مسئول بشكل مباشر عن تقديم الخدمة، وعلى العكس في الحالة التي يضطلع فيها المتعاقد مع الإدارة بتمويل الاستثمارات لتشييد وتشغيل وتملك ونقل ملكية المشروع، وهو ما يطلق عليه نظام (B.O.O.T) أو " Build – Own -Operate – Transfer".أي البناء ، والتملك، والتشغيل، ونقل الملكية[١]. وسنعرض في هذا الفصل لتعريف عقد ال(BOOT) وأهميته (في مبحث أول) وخصائصه (في مبحث ثان)

المبحث الأول

تعريف عقد ال (BOOT) وأهميته

اتفاق (ال BOOT) هو ذلك العقد الذي تلتزم بمقتضاه شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لإقامة المنشآت وصيانتها وتشغيلها، نظير تمتعها بحق ملكية المنشآت خلال فترة متفق عليها في العقد، تتقاضى فيها من جمهور المنتفعين مقابل الخدمة، وبنهايتها تنتقل ملكية المنشآة للجهة الحكومية المتعاقدة[٢].

---

[1] أي Build, Own, Operate, Transfer ويطلق على هذه الصيغة في احيان أخرى (D.F.B.O.O.T) أو (Design, Finance, Build, Operate, Own, Transfer)

[2] http://www.gidb.org/(boot)act.pdf

ويستخدم البعض مسميات أخرى للدلالة على مشاركة القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية بعدة صور:

الصورة الأولى: نظام البناء والتشغيل والتحويل (Build – operate – Transfer) B.O.T."وهو اتفاق تلتزم بمقتضاه شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لتصميم وبناء منشآة مقابل قيامها بإدارة المشروع واستغلاله أثناء فترة الترخيص (Concession Period) ، بما يحقق لها استرداد ما أنفقته إضافة إلى ربح معقول، ثم نقل حيازة المشروع بعد انتهاء المدة المتفق عليها للسلطة المتعاقدة[1] ."

وهكذا فإن هذه الصيغة تختلف عن صيغة (BOOT) في عدم احتفاظ القطاع الخاص بملكية المنشآة طوال مدة عقد الامتياز، بينما تتقرر له هذه الملكية في ظل نظام(BOOT) .

الصورة الثانية، نظام البناء والتملك والتشغيل والصيانة أو(B.O.O.M[2])

وفي ظل هذه الصيغة - وهي الصورة الواضحة للخصخصة الكاملة لمشروعات البنية التحتية - تلتزم شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية، وتنتقل لها ملكية المنشآة بصفة نهائية، بحيث تكون السيطرة الفعلية النهائية على تشغيل المرفق لصالح القطاع الخاص.

-الصورة الثالثة، نظام البناء، فالتحويل (B.T[3])

يقتصر التزام شركة المشروع في ظل هذه الصورة على تقديم التمويل اللازم لتشييد وإقامة المنشآة ثم تحويل المنشآة للدولة أو الجهة

---

[1]Joseph A. Huse, Use of the fidic orange book in the context of a (BOOT) projects, International construction law review (ICLR), 1996, p.434.

[2] اي (Build, Own ,Operate, Manage)

[3] اي (build, transfer) أما BLT (build,lease,transfer) وBTO (Build, Transfer, Operate)

التابعة لها والمحددة سلفا في العقد، وتستوفي شركة المشروع قيمة التمويل في صورة أقساط يتفق عليها في العقد.

- الصورة الرابعة :نظام البناء، فالتأجير، فالتحويل أو (B.L.T)

وفي ظل هذه الصيغة تلتزم شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لتشييد المنشآة، مقابل التزام جهة الإدارة بالسماح للشركة بإدارة وتشغيل المنشأة، ويتقرر لها حق إيجار على المنشآة لمدة زمنية متفق عليها، تنتقل بعدها المنشأة للسلطة المتعاقدة أو الجهة التابعة لها،[1] أي أن المنشآة تكون مملوكة ابتداء للسلطة المتعاقدة، كل ماهنالك أن لشركة المشروع حقا شخصيا متمثلا في "عقد الإيجار "المبرم بينهما.

الصورة الخامسة :نظام البناء فالتحويل والتشغيل أو (B.T.O)

في ظل هذه الصيغة، وبإتمام شركة المشروع أعمال التشييد تقوم تلك الأخيرة بتشغيل المنشآة بموجب عقد إدارة محدد المدة، مقابل التزام السلطة المتعاقدة بسداد مقابل الإدارة إلى القطاع الخاص في شكل أتعاب محددة وثابتة، أو في شكل نسبة من أرباح المشروع، بقصد تحفيز شركة الإدارة على رفع فاعلية المرفق وكفاءته وزيادة ربحيته.[٢]

الصورة السادسة :نظام التحديث والتشغيل والتحويل أو (R.O.T)

أي Rehabilitate, Operate, Transfer تلتزم شركة المشروع- في ظل هذه الصيغة- بتحديث وتشغيل وصيانة المرفق لمدة زمنية محددة سلفا، تنتقل بعدها أصول المشروع للسيطرة الفعلية للسلطة المتعاقدة، مقابل سماح السلطة المتعاقدة لشركة المشروع بتقاضي مقابل الخدمة من جمهور المنتفعين أثناء فترة التشغيل.

---

[1] http://www.gidb.org/(boot)act.pdf

[2] هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (boot)، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٧٧ سبتمبر ٢٠٠٢.

الصورة السابعة :التحديث والتملك والتشغيل والصيانة أو (R.O.O.M) أي (Rehabilitate, Own, Operate, Maintain) تختلف هذه الصيغة عن صيغة (R.O.T) في خصخصة المشروع وأيلولة ملكيته للقطاع الخاص، دون حق الدولة في الاسترداد، وهو ما يتعارض مع نظام (boot) .

الصورة الثامنة :عقد الامداد بالمعدات فالتشغيل فالتحويل أو (S.O.T) أي (Supply, Operate, Transfer) في ظل هذا الشكل، تلتزم شركة المشروع بتزويد السلطة المتعاقدة أو الجهة التابعة لها بالمعدات والآلات اللازمة لتشغيل المشروع، والتي تتحمل مسئولية تشغيل المنشآة لمدة متفق عليها، أو أثناء مرحلة التشغيل، بينما تلتزم شركة المشروع بتدريب تابعي السلطة المتعاقدة على تشغيل المرفق، نظير الحصول على مقابل يتفق عليه في العقد.[1]

ويلاحظ علي الوسائل سالفة الذكر، أنه كلما زاد الاتجاه نحو الاعتماد علي القطاع الخاص في مسائل التمويل؛ كلما برزت فكرة الخصخصة ، ونقل مخاطر ونفقات تنمية مشروعات البنية التحتية كالمطارات والموانئ والطرق ..الخ إلى عاتق القطاع الخاص، لذلك درج العمل علي اعتبار هذه الوسيلة نوعا من أنواع تمويل البنية التحتية، بالاعتماد علي القطاع الخاص[2].

الأهمية الاقتصادية لعقود (BOOT):-

يحقق التمويل بنظام (BOOT) العديد من المزايا، إلا أن الممارسات العملية كشفت عن العديد من المثالب التي أدت إلى إضعافه.

---

[1] http://www.gidb.org/(boot)act.pdf

[2] هاني سري الدين، بحث بعنوان " الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها" مقدم كورقة عمل لمؤتمر:
"International Conference on successful (BOOT) Projects in Egypt" Meridian hotel November 1999.

وتتمثل هذه المزايا في:

١. **تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة:-**

يساهم التعاقد بنظام (BOOT) في الحد من الاعباء التي تكبل الموازنة العامة وذلك عن طريق تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة[١]، ويتيح للدولة- من جهة أخرى- الاستمرار في تطوير وتنمية مشروعات البنية الأساسية، دون تحميل ميزانية الدولة أعباء جديدة، ودون لجوء الدولة إلى الاقتراض بالعملة الأجنبية، وبتكلفة عالية من مؤسسات التمويل الأجنبية[2].

٢. **توفير العملة الأجنبية:-**

تتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرا أجنبيا، مما يعني إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي، الأمر الذي يؤدي إلى تحسين وضع ميزان المدفوعات، وخفض عجز الموازنة العامة، وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي.

٣. **الاستفادة من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة:-**

فالإدارة الخاصة أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية، مما يحسن من أداء هذه الخدمات، وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين،[٣] كما أن للقطاع الخاص مصلحة مباشرة في رفع مستوى الخدمة بكفاءة عالية، إذ إن ذلك يحقق لها أكبر ربح مالى واقتصادي، وهو ما يؤدي في النهاية إلى اشباع حاجة المستهلك.

---

[1]Stein Stephen W., Build,Operate,Transfer (BOT)- A re-evaluation, ICLR,1994,p.102

[2] هاني سري الدين ،الاطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ،مجلة القانون والاقتصاد، العدد التاسع والستون، ١٩٩٩،هامش صـ ١٧٣.

[3] جابر جاد نصار، عقود البوت bot والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٢، صـ ٥٦ وما بعدها.

٤. **خلق فرص عمل جديدة :-**

يعتبر التعاقد بنظام (BOOT) صورة من صور الاستثمار المباشر، إذ إنه يؤدي إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة، والاستعانة بشركات المقاولات الوطنية لتنفيذ المشروعات، مما يؤدي إلى توسيع الرقعة السكانية في المناطق النائية، ومن ثم خلق قاعدة صناعية؛ إذ أن توفير الطرق والكباري ومحطات الكهرباء والمياه والمطارات، من العوامل المساعدة على جذب الاستثمار .[1]

٥. **تحقيق الرفاهة الاقتصادية:-**

تمثل مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتيا من القطاع الخاص أداة رئيسية لمكافحة وكبح الركود والانكماش الاقتصادي، حيث تستخدمها الدول من أجل إطالة فترات الرواج، وتحقيق الانتعاش، وعدم السماح بتحول الانكماش إلى ركود، إذ أن اتفاق مشروعات البنية الأساسية يكون سابقا على إقامة وإنتاج الخدمة، والمنفعة التي تولدها مما يؤدي إلى خلق قوى شرائية دافعة للانتعاش .[٢]

٦. **تنمية أسواق رأس المال الوطنية:-**

تلجأ شركة المشروع إلى مصادر تمويلية متعددة، ولا تكتفي بالاقتراض من البنوك ومؤسسات التمويل المختلفة، بل تعتمد شركة المشروع كذلك - وبصفة أساسية في المراحل الأخيرة من تشييد المشروع وتشغيله- على الاقتراض عن طريق آليات سوق المال، مثل طرح السندات، وكذلك قد تلجأ إلى زيادة رأس مالها؛ لمواجهة التوسعات الاستثمارية الجديدة، بطرح أسهم في سوق المال، وتلجأ إلى مصادر تمويلية أخرى كالتوريق (Securitization*)، وهو ما يعني تنشيط حركة سوق

---

[1] هاني سري الدين، بحث بعنوان" الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها"

[2] محسن أحمد الخضيري، التمويل بدون نقود، صـــ ٢٢ ومابعدها.

* التوريق آلية مستحدثة للحصول على الائتمان، بموجبه يحيل المشروع حقوقه قبل مدينيه لكيان

المال، وجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال إلى السوق المحلية.

٧. بقاء المشروع تحت سيطرة الدولة:-

وأخيرا، فإنه على عكس الخصخصة Privatization بمفهومها الواسع فإن نظام B.O.O.T يحقق مزايا سياسية واجتماعية، إذ أن ملكية أصول المشروع تنتقل للسلطة المتعاقدة في نهاية العقد .

عيوب ومخاطر التعاقد بنظام (BOOT):-

وبالرغم من المزايا التي يحققها هذا النظام التعاقدي، فإنه لم يخل من المثالب التي قد تؤدي إلى عدم تفعيل دوره، فقد كشفت التجارب العملية أن الأخذ بنظام B.O.O.T لم يحقق الغاية المرجوة منه لأسباب عدة:

١) ارتفاع التكلفة في مراحل التعاقد الأولية:-

يقتضي تنفيذ المشروعات المقامة بنظام B.O.O.T أن تقوم الدولة بالإعداد لمثل هذه المشروعات، ويتحقق ذلك بإعداد وتحضير مستندات التعاقد، وقيام ممثليها الفنيين والماليين والقانونيين بتحضير دراسات الجدوى، ثم اختيار شركة المشروع وإتمام التفاوض والتعاقد.

وقد أثبتت التجربة في بعض البلاد -مثل تركيا والهند وباكستان- أن هذه الإجراءات تستغرق سنوات طويلة، وهو ما يزيد من تكلفة المشروع، ويستنزف أموالا كثيرة بالنسبة للأجهزة الحكومية ، مما يضيف أعباء مالية وإدارية جديدة على عاتق الدولة[1].

٢) التفريط في ضوابط تمويل المشروعات:-

فالممارسات العملية تشير إلى لجوء المستثمر- سواء أكان أجنبيا أو

مؤسس لهذا الغرض يطلق عليه "SPV" special purpose vehicle ويقوم هذا الكيان بتمويل عملية الشراء عن طريق اصدار سندات للاكتتاب على الجمهور، وتكون هذه السندات مضمونة بحقوق، فتنتقل ملكية الأصول بضماناتها إلى SPV

Nouël Gide Loyrette, La titrisation: quelle opportunités? Le Juriste. www.legal500.paris.com

[1] هاني سري الدين ، الأهرام الاقتصادي ، مرجع سابق، صـ ١٦١.

وطنيا- إلى السوق المحلية، للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلا من الخارج، واستخدام هذا التمويل الداخلي في استيراد المعدات والأجهزة من الخارج، مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، الأمر الذي يترتب عليه انخفاض قيمة العملة الوطنية، بسبب زيادة الطلب على العملات الأجنبية .وتتعاظم مساوئ هذا النظام، وتصل خطورته لمدى أوسع، إذا قام المستثمر بتحويل الأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج، دون أي قيود تلزمه باستثمار جزء من هذه الأموال في الدولة المضيفة، وهو ما يؤدي إلى اختلال ميزان المدفوعات، والتأثير على مقدار السيولة في السوق المحلية[1].

٣) الافراط في تقرير الدعم الحكومي لهذه المشروعات:-

يتمثل ذلك في تعهد الدولة بالدخول في اتفاقات تعاقدية مع شركة المشروع، تضمن التزامها بشراء الخدمة (Off-take Agreement) أو المنتج مباشرة، وسداد المقابل المتفق عليه، فضلا عن ضمان البنك المركزي للسداد ، وهو ما حدث بالفعل في عقد إنشاء وتشغيل محطتي كهرباء سيدي كرير ، وبالإضافة لما سبق، فإنه غالبا ما يكون هذا المقابل مبالغا فيه، وبالعملة الأجنبية، مما يعني أن تمويل بناء وتشغيل هذه المرافق يقع على عاتق الدولة على المدى الطويل، بتكلفة أعلى مما لو تولت الدولة بنفسها إقامة المشروع وتمويله مباشرة[2].

٤) طول مدة المشروعات المقامة بنظام (BOOT):-

---

[1] جابر جاد نصار، مرجع سابق، صـ ٥٧ وما بعدها. وقد دعا السيد رئيس الجمهورية إلى عدم التوسع في عقود bot إذا كان التمويل بالعملة الصعبة من البنوك المصرية- انظر جريدة الأهرام في ٢٠٠١/١١/١٥، وهو ما دفع وزير المالية إلى تقرير " وجوب الاعتماد بصفة أساسية على التمويل الخارجي، وليس على القروض الوطنية وعدم استيراد معدات راسمالية لها نظير بالسوق المحلية" – انظر جريدة الأهرام ٢٠٠٣/١٠/١٨.

[2] هاني سري الدين، بحث بعنوان الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، مرجع سابق.

تشير العقود المبرمة في مصر إلى أن مدة الالتزام تمتد، وقد تصل إلى تسع وتسعين سنة، وهذا الأمر لا يخلو من مخاطر لما فيه من تقييد لحرية السلطة المتعاقدة، كما أنه يرتب أوضاعا سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد، ولعل ما حدث لمصر من جراء التزام قناة السويس الذي أبرم لهذه المدة أبلغ دليل على ذلك[1].

المبحث الثاني

خصائص عقد boot

يتميز التعاقد بنظام (boot) بعدة خصائص يمكن إجمالها فيما يلي: أولا: تعدد أطراف التعاقد، ثانيا: قيام التعاقد على فكرة تمويل المشروع، ثالثا: تعارض مصالح الأطراف الرئيسية، وشيوع استخدام الترتيبات التعاقدية لتوزيع مخاطر المشروع، رابعا: تشابك العلاقات التعاقدية خامسا: مدى قابلية المشروع للتمويل (bank ability).

أولا: تعدد الأطراف:

السمة الأساسية التي تميز عقود (boot) هي تعدد الأطراف المعنيين بتنفيذ المشروع[٢]،هؤلاء الأطراف هم :

أ- <u>السلطة المتعاقدة</u>: وهي تلعب دورا جوهريا في التعاقد بنظام (البوت)، حيث تبرم السلطة المتعاقدة أو أحد أجهزتها اتفاق المشروع مع شركة المشروع، ويتقرر بموجب هذا الاتفاق لشركة المشروع تملك وإدارة المنشأة.

---

[1] جابر جاد نصار، مرجع سابق، صـ ٦١.

[2] Abdul Karim, Les contrats internationaux de Construction – Exploitation- Zallam Transfert, these Paris 2, 1999, p.20.

ب- **شركة المشروع:** وتتكون من رعاة المشروع الوطنيين والأجانب، وهى التى تتولى تنفيذ المشروع وادارته طوال مدة اتفاق المشروع.

ج- **المقرضون :** وهم البنوك التجارية، كما تلعب المؤسسات المالية والدولية وهيئات ائتمان الصادرات دورا هاما فى تمويل مشروعات ال(BOOT)، وتتولى هذه الجهات إبرام عقد القرض مع شركة المشروع.

د- **المساهمون:** وهم حملة الأسهم، وكذا الشركاء فى شركة المشروع.

ه- **المقاول:** وهو من يتولى البناء، وقد يكون شريكا فى شركة المشروع أو من الغير،ويدخل طرفا فى عقد المقاولة بنظام تسليم المفتاح مع شركة المشروع.

و- **المشغل:** وهو الملتزم بتشغيل المنشأة بعد اتمام أعمال التشييد، وقد يكون المشغل شريكا فى شركة المشروع، أو يتم التعاقد بينها وبين مشغل غير شريك.

ز- **المؤمنون:** وهي شركات التأمين والمؤسسات المالية الدولية.

ثانيا: تمويل المشروع :

يمثل تمويل المشروع حجر الأساس الذي يقوم عليه هذا النظام التعاقدي، ويستند هذا النوع من التمويل على ثبوت الجدارة الائتمانية لشركة المشروع، وقدرتها علي استقطاب التمويل، حتي قبل بدء البناء، أو جني أي إيرادات، والاقتراض علي أساس تلك الائتمان[1]، ويتم هذا التمويل على

---

[1] دليل اليونسيترال التشريعي ، مرجع سابق، صـ ٤٥؛ وهذا الأساس معمول به في المشروعات الصغيرة في جمهورية مصر العربية، انظر جريدة الأهرام في ٢٠٠٤/٤/٢١،صـ ٢٥.في حوار مع رئيس البنك الأهلي المصري أكد أن أساس منح القرض بالنسبة للمشروعات الصغيرة قائم على هذا الأساس وليس على الضمانات العقارية والتجارية.

النحو التالي:

تمنح مؤسسات التمويل الائتمان لشركة المشروع لتنفيذ المشروع، والائتمان هنا نقدي، ثم تقوم شركة المشروع بتقديم الائتمان للسلطة المتعاقدة في صورة خدمة تشبع حاجة الجمهور، والائتمان هنا عيني،[١] فهي علاقة تمويلية مركبة ذات أبعاد ثلاثة، وأطراف هذه العلاقة هي: مؤسسات التمويل، شركة المشروع، والسلطة المتعاقدة. ففي العلاقة الأولى بين المقرضين وشركة المشروع يعول المقرضون - بصفة أساسية- على ما يحققه المشروع من عوائد في مرحلة التشغيل، كضمان لاقتضاء ما هو مستحق من دين علي شركة المشروع ، بدلا من الاعتماد علي صور الضمان الأخرى ، كالضمانات الحكومية ، أو الأصول التي يمتلكها مؤسسو المشروع...الخ، وهو ما يعبر عنه بالتمويل دون ثبوت حق الرجوع، فالتمويل دون ثبوت حق الرجوع (non recourse) ، يعني عدم أحقية المقرضين في الرجوع علي ما يملكه مؤسسو المشروع من أصول، في حالة عدم كفاية الإيرادات في تغطية أصل الدين وفوائده[2].

والملاحظ عملا، أن المقرضين قلما يكونوا مستعدين لتوظيف المبالغ الكبيرة اللازمة لمشاريع البنية التحتية، علي أساس التدفق النقدي المتوقع للمشروع، أو موجوداته فحسب، بل يلجأون إلي تقليل فرصة تعرضهم للمخاطر، بتقرير عدد من الضمانات، يلتزم مؤسسو المشروع بتقديمها، وهو ما يطلق عليه "التمويل بحق رجوع محدود أو (limited" Recourse).[٣]

---

[1] قارب مصطفي رشدي شيحه، مرجع سابق، صـ ٣٩٤.

Buljevich Estban C. & Yoon S.Park, project financing the international financial markets [2]
p. 122.

[3] دليل اليونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ١٨.

والعلاقة الثانية بين شركة المشروع والسلطة المتعاقدة: ولأنها ائتمان، فإن السلطة المتعاقدة تلتزم بتقديم ضمانات تكفل لشركة المشروع استرداد قيمة الائتمان، من خلال تمكينها من تشغيل المنشأة، والاستئثار بعوائد المشروع، وهي ضمانات تفرضها طبيعة هذا النظام التعاقدي، كاتفاقات شراء الخدمة (off – take agreement) وإدراج شرط عدم المنافسة، وشرط الثبات التشريعي، وتقرير حوافز واعفاءات استثمارية وضريبية ...وما إلى ذلك [1].

فالتمويل بنظام (boot) هو ائتمان إنتاجي[2]، لأن التكلفة تدفع مرة وأحدة، وتسترد طوال مدة الائتمان، وهو أيضا ائتمان طويل الأجل، لتعلقه بتمويل سلع إنتاجية[3]،وهو -أخيرا- ائتمان عيني، لأنه لا يمنح في صورة نقدية أو فتح اعتماد، أو ما شاكل ذلك ، وإنما ينصب على تقديم خدمة واشباع حاجة الجمهور[4].

والعلاقة الثالثة بين المقرضين والسلطة المتعاقدة: الأصل أن اتفاق المشروع يتم إبرامه بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع، ومن ثم تكون البنوك المقرضة من الغير بالنسبة لهذه العلاقة،غير أنه في الحالة التي يتم فيها الاتفاق في اتفاق المشروع على التزام السلطة المتعاقدة بالقيام بعمل لصالح الغير، ومنها البنوك المقرضة، فإن هذا الالتزام يعتبر في حقيقته اشتراطا لمصلحة الغير ، وللسلطة المتعاقدة فيه، أيضا، مصلحة تتمثل في تشجيع البنوك المقرضة على منح الائتمان لشركة المشروع.[5]

ثالثا: تشابك العلاقات التعاقدية:

تختلف الشروط التعاقدية فيما بينها من مشروع لآخر، غير أن

---

[1] قارب مصطفى رشدي شيحه ، مرجع سابق، صـ ٣٩٦.

[2] مصطفى رشدي شيحه ، مرجع سابق، صـ٣٨٦.

[3] مصطفى رشدي شيحه ، مرجع سابق، صـ٣٩٨.

[4] مصطفى رشدي شيحه ، مرجع سابق، صـ٣٩٦.

[5] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، صـ ٦٤٦.

التعاقد بنظام البووت يجمع بين العقود الخاصة بالتمويل والتشييد وتشغيل المنشآة، ويمثل تشغيل المنشآة دورا هاما في وفاء شركة المشروع بما عليها من ديون.

فعلى سبيل المثال، تشكل مدة اتفاق المشروع المبرم بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع أهمية لدى الممولين والمشغل، لما لها من تأثير على وفاء شركة المشروع بما عليها من ديون للبنوك المقرضة، وأثر المدة على التزامات وحقوق المشغل خلال مدة التشغيل.

ففي العلاقة بين شركة المشروع والمقرضين لا يستطيع الأخيرون الرجوع على شركة المشروع في حالة فشل المشروع، حين يكون التمويل دون ثبوت حق الرجوع، وهو ما يشكل مخاطر بالنسبة للمقرضيّن، وهي مخاطر ينفرد بها التعاقد بنظام (boot) ولا تثور بالنسبة لعقود المقاولة التقليدية، الأمر الذي يفرض الدخول في مفاوضات لتنظيم توزيع تلك المخاطر.[1]

رابعا : تعارض المصالح :

تسعى الأطراف الرئيسية المتعاقدة إلى تحقيق أغراض عديدة متباينة أحيانا، ومتعارضة أحيانا أخرى، فالسلطة المتعاقدة تبغى تحقيق المصلحة العامة، وتنفيذ المشروع وتشغيله وفقا للمواصفات التى تحددها، دون تحمل الأعباء المالية سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، كما تسعى إلى فرض قدر من الرقابة على تشغيل المشروع، ونقل ملكية الاصول إليها فى حالة صالحة للتشغيل.

أما شركة المشروع فهى تسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الأرباح بأقل تكلفة ممكنة، مع السيطرة على القرارات الفاعلة فى تشغيل المشروع، ونقل عدد من مخاطر المشروع إلى الأطراف الأخرين، بما فيهم السلطة المتعاقدة. بل إن هناك تعارضا في المصالح بين الشركاء في شركة

---

[1] Zallam Abdul karim, Op.cit, p. 22 et s.

المشروع ومصلحة الشركة ، حيث يمثل المساهمون عادة خبرات فنية مختلفة، كشركات التشغيل والمقاولات والصيانة والمؤسسات المالية ، ومن الطبيعى أن يسعى كل مساهم إلى إسناد شق من الأعمال الموكولة إليه من قبل شركة المشروع على نحو يحقق مصالحه الخاصة، بما قد يؤدى إلى الإضرار بمصالح شركة المشروع ، بل والجهة الحكومية ومؤسسات التمويل، وهو ما يعرض كفاءة المشروع وتشغيله ككل للخطر[1] .

وقد فطن المشرع المصرى لذلك ، فأوجب في المادة ٩٧ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ "على كل عضو في مجلس إدارة الشركة، وكل مدير من مديريها، تكون له مصلحة تتعارض مع مصلحة الشركة في عمليه تعرض على مجلس الإدارة لاقرارها، أن يبلغ المجلس بذلك، ولا يجوز له الاشتراك في التصويت على القرار الصادر في شأن هذه العملية".

كما حظر في المادة ٩٩ من القانون - سالف الذكر - على أي من مؤسسي شركة المشروع "أن يكون طرفا في عقد من عقود المعاوضات مع الشركة خلال الخمس سنوات التالية لتأسيسها، إلا إذا رخصت له الجمعية العمومية للشركة بذلك مقدما".

كما حظرت المادة ١٠٠ من ذات القانون إبرام عقد من عقود المعاوضات بين شركة المشروع وأي شركة أخرى يشترك أحد أعضاء مجلس الإدارة في إدارتها، أو يكون لمساهمي شركة المشروع أغلبية رأس المال فيها، إلا إذا رخصت الجمعية العمومية للشركة مقدما بإجازة هذا التصرف، ويقع باطلاً كل عقد من العقود تجاوز نسبة الغبن فيه خمس القيمة وقت التعاقد دون إخلال بحق الشركة، وحق كل ذى شأن فى مطالبة المخالف بالتعويض .

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص١١٦ ؛ وفى نفس المعنى :
UNIDO BOT guide lines, Op.cit, p.11.

والبين من استعراض النصوص- سالفة الذكر- أن المشرع حرص على حماية شركة المشروع من تعارض مصلحة أحد المساهمين، أو بعضهم مع مصلحة الشركة، فوضع ضوابط صارمة للحيلولة دون الافتئات على مصالح الشركة، انتصارا لصالحهم الخاص، ووضع الأمر بيد الغالبية العظمى من الشركاء الحريصين على مصالح شركة المشروع في مواجهة قلة ممن تتعارض مصالحهم مع مصلحتها، وهو- في رأينا- حل تشريعي يقيم التوازن بين المصالح المتعارضة، ويحقق الحماية الكافية لشركة المشروع.

أما مؤسسات التمويل فهى تسعى إلى تحقيق أكبر قدر من الربح، وكذلك الرقابة على القرارات الأساسية المرتبطة بتشغيل المشروع، والتى قد تؤثر على ربحيته أو تمس أصوله ، كما تسعى إلى ضمان الحق فى الاستيلاء على المشروع بدلاً من شركة المشروع فى حال اخفاق الأخيرة فى تشغيله،[1] وللتنسيق بين المصالح المتعارضة يلجأ الأطراف إلى استخدام ترتيبات تعاقدية لتوزيع مخاطر المشروع على أطرافه عن طريق البنود التعاقدية المتضمنة فى الاتفاقات المتعددة التى يدخل فيها الأطراف.

خامسا:مدى القابلية للتمويل:

يقصد بالقابلية للتمويل الحالات التى يتم فيها تمويل مرفق صناعي، أو مشروع اقتصادى عن طريق مجموعة متنوعة من مؤسسات التمويل، التى تعتمد – لدى دراسة جدوى المشروع – على التدفقات النقدية الناشئة عن تشغيله، دون النظر إلى الأصول المادية للمشروع فى حد ذاتها ، أو إلى ما يتمتع به المساهمون من ائتمان المساهمين بصفة أساسية، وتحجم مؤسسات الأقراض عن تمويل المشروع، إذا ما انتهت دراسات الجدوى إلى

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٥٢ وما بعدها.

ضعف التدفقات النقدية المتوقعة للمشروع.[١]

ويمكن إجمال خصائص تمويل المشروع فيما يلي :

- **العبرة بالتدفقات النقدية فى تقييم الجدوى الاقتصادية:**

وأساس ذلك أن تمويل المشروع لا يعتمد بصفة أساسية على الدعم الائتمانى، أو القيمة المادية وحدها، وإنما يقوم أداء المشروع من الناحية الفنية والاقتصادية بدور حاسم فى الحصول على عائد نقدى مجز من عملية التشغيل.

- تدخل مؤسسات الإقراض بقدر كبير في الرقابة على المشروع طوال مدة تنفيذه وتشغيله:

وتتمثل الخاصية الثانية فى رقابة وتدخل البنوك ومؤسسات الاقراض فى كافة مراحل تنفيذ المشروع وتشغيله، للتحقق من أن تشغيل المشروع سيحقق التدفقات النقدية الكافية لسداد ما على شركة المشروع من ديون ، وتحمل مؤسسات التمويل أقل قدر من المخاطر،[٢] فإذا انتهت دراسات الجدوى إلى ضعف التدفقات النقدية المتوقعة للمشروع محل الدراسة، فإن مؤسسات التمويل ستحجم عن تمويل المشروع ، كما تحجم عن عملية الإقراض إذا تبينت لها صعوبة الحصول على الرهون اللازمة على أصول المشروع، وعلى المستحقات المالية لشركة المشروع، سواء كانت هذه الصعوبات ناجمة عن عقبات قانونية، أو عن عقبات سياسية، وهذا مايطلق عليه القابلية للتمويل (bank ability[٣]).

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكيه (BOOT) ، الاهرام الاقتصادى ، ص ١٠١.

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنيه الاساسيه المموله عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٥١

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكيه (BOOT) ، الاهرام الاقتصادى ، ص١٠١

- **تعدد وتشابك مستندات الضمان والتأمينات المرتبطة بسداد القرض:**

تعتمد المؤسسات المقرضة لتأمين سداد المديونيات بصفة أساسية على ضمان ورهن الحقوق التجارية، والأصول المادية للمشروع والمملوكة لشركة المشروع.

وتهدف مؤسسات التمويل من ذلك ضمان سيطرتها على أصول المشروع، لتشغيل المرفق بالكفاءة الفنية والمالية اللازمة ، حيث يكون لها الحق فى وضع يدها على هذه الأصول حال تعثر الشركة لأى سبب، وتشغيل المشروع بما يحقق استمرارية تشغيله وتجنب تصفيته ، ويتحقق ذلك عن طريق الحسابات النقدية.

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان التأمينات العينية والشخصية تلعب دورها إذا صار تشغيل المشروع مستحيلا، حيث يتسنى لها الحصول على حقوقها التى تتمتع بمرتبة ممتازة استنادا إلى الرهون التجارية والعقارية. [١]

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،ص١٥٠ وما بعدها.

الفصل الثاني

عقد الBOOT بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص

ثار جدل فقهي حول طبيعة عقد (BOOT) وما إذا كان يعتبر عقدا من عقود القانون العام ، أم من عقود القانون الخاص، ونعرض للاتجاه الذى يعتبر عقد (boot) من عقود القانون العام فى **مبحث أول** ، وللاتجاه الذى يرى أن عقد (boot) من عقود القانون الخاص فى **مبحث ثاني**.

المبحث الأول

التمييز بين عقد ال(BOOT) وعقود القانون العام

استقر القضاء الإداري في مصر على أن العقد الإداري هو "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[1] ".

فالعقد يكون إداريا متى كانت الإدارة طرفا فيه، واتصل بنشاط المرفق العام، وأخيرا أن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة، في عقود القانون الخاص.[٢]

أما الفقه الفرنسى فقد اشترط -لاعتبار العقد إداريا- أن تكون جهة الإدارة طرفا فى العقد ، أو أن يتصل بمرفق عام ، أو أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة [٣].

---

[1] مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري ،السنة الحادية عشرة بند٦ ص٤٩٣ .

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.235 et s.

[3] Khater cherif helmy, le contrat concession de service public ou Bot en

وعلى ضوء هذا التعريف ، ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار عقد ال(boot) عقدا إداريا. (المطلب الأول) لكن الخلاف شجر بينهم فيما يتعلق بتصنيفه:فمنهم من يرى فيه عقدا من عقود التزام المرفق العام (المطلب الثاني) ، ومنهم من يدخله في عداد عقود الأشغال العامة (المطلب الثالث)، إلا أن كلا الرأيين يجانبه الصواب، وهو مانعرض له في (المطلب الرابع).

المطلب الأول

عقد الـ(boot) عقد إداري

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عقد (boot) يعتبر عقدا إداريا، ويستند أنصار هذا الرأى إلى أن العقد تبرمه جهة الإدارة المختصة لتنظيم مرفق عام ذي صبغة إقتصادية لمدة زمنية معينة، وأن وجود الإدارة طرفا فى العقد هو بمثابة شرط استثنائى غير مألوف فى عقود القانون الخاص.[١]

ويضيف رأى إلى وجوب اتصال العقد بإنشاء وتشغيل مرفق عام ثم تسليمه للدولة بعد مدة معينة ، أما الشرط الأخير هو احتواء العقد على شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص لصيرورة العقد اداريا ، وهو ما يتحقق في عقود BOOT والتي تتولد عن تلك الشروط الاستثنائية امتياز ام لجهة الإدارة والمتعاقد لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، بحيث تعتبر بنودا غير مألوفة، وأن منح الإدارة للالتزام لا يعني بالضرورة تخليها عن دورها في تسيير المرفق العام، إذ أن ضمان الإدارة لسير المرفق العام بانتظام واطراد هو من المبادئ الدستورية التي لا تملك الإدارة التنازل عنها.

من وجه آخر، فإن عقود BOOT تتضمن في أحيان كثيرة

---

droit français et égyptien étude comparée de l' evolution contemporaine, these Paris 1, 1992, p.296.

[١] جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص٧٦ .

امتيازات شركة المشروع، تعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية التي لا ترد في عقود القانون الخاص مثل: الحق في نزع الملكية، والتخفيضات الضريبية والإعفاءات منها ، ومن ثم تكتمل الشروط لاعتبار عقد BOOT يخضع لقواعد القانون العام والمنازعات بشأنه تخضع لولاية القضاء الإداري.[١]

المطلب الثاني

عقود الboot والتزام المرفق العام

يذهب اتجاه في الفقه [2] إلى القول بأن عقود (BOOT) تعتبرتطورا حديثا لعقود التزام المرفق العام ، والتزام المرفق العام -كما عرفه المشرع المصرى في المادة ٦٦٨ من القانون المدنى- هو " عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق، وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فتره معينه من الزمن".

وعلى ذلك فإن "عقد البوت هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون الإداري في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة، ويخضع في غير ذلك لقواعد القانون المدني كغيره من العقود[3]."

---

[1] ياسر أحمد الصيرفي ، النظام القانوني لعقد BOT ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، لجنة التأليف والتعريب والنشر جامعة الكويت، صـ ٥٧ وما بعدها.

[2] جابر جاد نصار ،مرجع سابق،ص٧٦ وما بعدها؛ ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT دراسة مقارنة ، المحاماه ، العدد الثالث٢٠٠٣ ، ص٥٢٨ ؛ وكذا محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم bot ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص٧٤ ؛عبد الحميد أبو الروس ، المبادىء القانونية المستخلصة من المراجعة التشريعية لقسم التشريع بمجلس الدولة ،بحث في عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود الbot ،ص٣٤٧ . عمرو حسبو ،التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام bot،ص١٣٤ وما بعدها؛وكذا محمود محمد فهمي ،بحث بعنوان "عقود bot وتكييفها القانوني "مقدم لمؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية bot ،أكتوبر ٢٠٠٠.

[3] عمرو حسبو ،التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام bot ،ص١٣٦ ؛وكذا محمود محمد فهمي ،بحث بعنوان "عقود bot وتكييفها القانوني "مقدم لمؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية bot ،أكتوبر ٢٠٠٠.

ويترتب علي ذلك النتائج التالية:

١. خضوع عقدBOOT - في تنظيمه- للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن التزام المرافق العامة، والقانون رقم٦١ لسنة١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وتعديل شروط الامتياز[1].
٢. خضوع العقد لمراجعة مجلس الدولة متى زادت قيمته علي خمسمائة ألف جنيه.
٣. ضرورة اتباع الإدارة لقواعد القانون رقم ٨٩ لسنة ٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات.
٤. خضوع العقد في حال وقوع منازعة لمحاكم مجلس الدولة باعتبارها الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في ذلك، مالم يتفق الاطراف علي التحكيم.[٢]

المطلب الثالث

عقد ال boot وعقود الاشغال العامة

يذهب بعض الفقه إلى أن عقد (boot) يعتبر من عقود الأشغال العامة.وفيما يلي نعرض لمضمون هذا الاتجاه و حججه.

مضمون الاتجاه وأسانيده

تعددت تعريفات عقد الأشغال العامة فقها وقضاء: فيعرفه الفقه بأنه "ذلك الاتفاق المبرم بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام ،وبقصد منفعة عامة في نظير مقابل متفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد" .[٣]

---

[1] عمرو حسبو، مرجع سابق ،ص١٣٧
[2] أحمد سلامه بدر ، مرجع سابق،ص٣٨٣
[3] أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقد البوت b.o.t ،دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ ،ص١٤٠

أما القضاء، فقد عرفت محكمة القضاء الإداري عقد الأشغال العامة بأنه "عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفـرد أو شـركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد ".[١]

يتضح من التعريف الفقهي والقضائي أنه يتعين توفر عناصر ثلاثة في عقد الأشغال العامة هي : أن ينصب موضوع العقد علي عقار، وأن يتم العمل لحساب شخص من أشخاص القانون العام، وأن يكون الغرض منه تحقيـق المنفعة العامة.[٢]

أولا : محل العقد عقار :

يجب أن ينصب العقد على إنشاء أو ترميم أو صيانة أحد العقارات العامة،فإذا انصب العقد علي منقول حتي -ولو كان من الأموال العامة- فلا نكون بصدد أشغال عامة.[٣] وقد توسع مجلس الدولة الفرنـسي فـي أحد أحكامه فيما يعد من عقود الأشغال العامة؛ حيث يـشمل الأنـشطة المتعلقة بالتنظيف والكنس ورش الطرقات العامة وتنظيم البناء،[٤]كـذلك يعتبر العقد من عقود الاشغال العامة، إذا تناول عقـارا بالتخـصيص كإقامة خطوط تليفونية، ومد أسلاك تحت الماء.[٥]

كما يعد من قبيل الأشغال العامة تشييد حاملات الطـائرات ، وتغييـر بلاط الشوارع وتجميل الحدائق العامة.[٦]

---

[1] الدعوي رقم ٢٨٤ لسنة ٨ ق ،جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٣ ،م ١٥ س ،ص ٢٠١٠ مشار اليـه فـي محمد ماهر أبو العينين،العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، ص٦٥ .

[2] أنس جعفر ،العقود الإدارية ،دار النهضة العربية ،الطبعة الثالثة ،٢٠٠٣ ،ص٦٢.

[3] أحمد سلامة بدر ،العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T. ،مرجع سابق،ص١٣٩.

[4] De Laubadère. venezia. gaudemet. droit administrative. p.370.

[5] سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ،ص١١٦ .

[6] Chapus René. Droit administratif général . tome2.8e édition, p481.

ثانيا :أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

ولا يشترط أن يكون العقار مملوكا للشخص المعنوي العام ، فيكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام ، ويعتبر العمل قد تم لحساب الشخص المعنوي العام متي كان لهذا الشخص سلطة اشراف مباشرة ودقيقة علي الأعمال موضوع العقد، أو أن مصير العقار قد يؤول في نهاية مدة معينة الي الشخص المعنوي العام.

ومن ثم ،ينتفي عن العقد وصف عقد الأشغال العامة إذا تم العمل لحساب شخص معنوي خاص،[1] و يقر القضاء الفرنسي الصفة العامة لعقود الأشغال التي يبرمها أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن أحد الأشخاص العامة، وقد لا تظهر الإدارة في عقد من العقود، ومع ذلك يعتبر العقد إداريا إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الإدارة.[2]

ثالثا : أن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة:

فعقد الأشغال العامة ينصب علي الأعمال الخاصة بعقارات تدخل في نطاق الأموال العامة ، كما أنه ارتبط في بداية نشأته بالمرفق العام ، بحيث كان ينصب علي عقار مخصص لمرفق عام ، غير أن مجلس الدولة الفرنسي فصل بين الأموال العامة والأشغال العامة ، وبين المرافق العامة والأشغال العامة ، ولم يشترط أن تتم الأشغال العامة علي عقار يدخل في الأموال العامة، ولا أن يكون العقار مخصصا لمرفق عام ، بل يكفي أن يكون المقصود بالأشغال تحقيق النفع العام.[3]

.ولقد رتب الفقه علي الفصل بين الأشغال العامة والمرفق العام نتيجة مزدوجة تتمثل فيما يلي:-

أولا : أن تخصيص العقارات محل الأشغال لمرفق عام لا تستتبع

---

[1] أحمد سلامة بدر، مرجع سابق،ص١٣٩.

[2] محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال العامة الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة ٢٠٠٣ ص٢٨ .

[3] أنس جعفر ، مرجع سابق ،ص٦٤ .

بالضرورة أن تكتسب الأعمال التي تجري عليها صفة الأشغال العامة.

ثانيا : أن مجلس الدولة الفرنسي أضفي صفة الأشغال العامة علي الأعمال التي تتم بقصد تحقيق مصلحة عامة علي عقارات ليست مخصصة للمرفق العام.[1]

ويذهب جانب من الفقهاء الي اعتبار عقد (boot) من قبيل عقود الأشغال العامة[2] ويستند هذا الرأي الي الحجج التالية:-

١. أنه ولئن كان منفذو المشروع والجهات التمويلية يقع علي عاتقهم التزام بدفع مقابل الأشغال ، فإن هذا العقد يمكن اعتباره عقد أشغال عامة، إذ أن محله هو القيام بأعمال انشائية علي نحو معين، وفي مدة محددة، وتحكمه كافة القواعد الحاكمة لعقود الأشغال العامة.

٢. أن الالتزام الأساسي والجوهري في عقد (boot) هو إنشاء أحد مرافق الدولة علي اختلاف طبيعتها ، أما التشغيل فالهدف منه حصول منفذي المشروع علي قيمة ما تكبدوه من تكاليف انشائية، وسداد ما اقترضوه من تمويل من البنوك المقرضة، وعليه فإن جوهر الإلتزام هو القيام بالأعمال الإنشائية، وهو ما يرجح عنصر إدارة المشروع.

المطلب الرابع

تقويم وتقدير الاتجاه السابق

تلك هي الحجج التي استند إليها أنصار الرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد الـ (boot) ، وهذه الحجج محل نظر للأسباب التالية:-

أولا :خروج مفهوم عقد (BOOT) عن دائرة العقود الإدارية:-

يفترض اتفاق البناء والتملك والتشييد ونقل الملكية أن للمستثمر حق

---

[1] محمد عبد المجيد اسماعيل ، مرجع سابق،ص٢٨.

[2] محمد عبد المجيد اسماعيل ، مرجع سابق،ص٥٧ .

ملكية على كافة أصول المشروع طوال مدة العقد، مع التزام بنقل الملكية في نهاية المدة . فهو في حقيقة الأمر ترخيص له ببناء وتمويل المشروع للمنفعة العامة مع السماح له بتقديم الخدمة للجمهور، أو تعهد الدولة بشراء الخدمة، وتكون له الملكية طوال المدة المتفق عليها في العقد.[1]

ويؤخذ علي الرأي الذي يسلم بأن شرط اعتبار العقد إداريا هو احتواؤه علي شروط غير مألوفة في علاقات القانون الخاص - ثم يستخلص هذه الشروط من مجرد وجود الإدارة طرفا في العقد - أنه يخلط بين صفة طرفي التعاقد وطبيعة الشروط المتفق عليها فيه ، ويأخذ بالمعيار الشكلي الذي يتبني الطبيعة الإدارية للعقد من وجود الإدارة طرفا فيه ويتجاهل شرط احتوائه علي شروط غير مألوفة، وهي مناط التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص.

ثانيا: الاختلاف البين في مفهوم عقد (BOOT) وعقد التزام المرفق العام:

فمن المستقر عليه أن للمرفق العام أركانا ثلاثة هي: أن يكون محل العقد مرفقا عاما ، وأن يستهدف هذا المرفق نفعا عاما، واخيرا أن يخضع هذا المشروع ذو النفع العام لهيمنة السلطة العامة.

ويلاحظ أن الركنين الأول والثاني يتوافران في المرفق العام و مشروعات ال(boot) علي حد سواء ، فمن مشروعات (boot) ما يستهدف تحقيق نفع عام، ولا يوجد ما يحول دون أن يحقق المشروع العام ربحا، طالما أن الهدف الرئيسي للمشروع هو إشباع حاجات الجمهور، وتحقيق النفع العام.

أما الركن الثالث فهو العنصر المميز للمرفق العام عن مشروعات ال(boot) .. ويقصد بخضوع المشروع لهيمنة جهة الإدارة سيطرة تلك

---

[1] هاني صلاح سري الدين ،التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص،مرجع سابق،ص ٢٤٢.

الأخيرة عليه، وتوليها إدارته بطريق مباشر أو غير مباشر[١]، بل تمتد هذه الهيمنة إلى حد أن يصبح مصير المشروع بيدها وموقوفا علي محض إرادتها ، سواء من حيث إنشائه أو إلغائه؛ ومما لا شك فيه أن الهيمنة بهذا المفهوم لا تتوافر بالنسبة لمشروعات البنية الأساسية التى يقيمها القطاع الخاص.[٢]

من وجه آخر، يفترض عقد التزام المرفق العام قيام الملتزم بتقديم الخدمة مباشرة للجمهور، وحصوله علي مقابل خدمة من هذا الأخير وفقا لتعريف محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بجلسة ٢٥/٣/١٩٥٦ والتى قررت فيه أن :

"التزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أوالشركات بمقتضاه بالقيام -علي نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو احدى وحداتها الإدارية وطبقا للشروط التي توضع له- بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه علي الأرباح: فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محدودة ، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع واخطاره المالية ، ويتقاضي عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين[3]."

إلا أن العمل شهد تغييرا في دور السلطة المتعاقدة : ففي مشروعات الكهرباء تتولي شركة المشروع عملية الإنتاج بينما تقوم جهة الإدارة بشراء المنتج وسداد مبلغ معين يمثل الحد الادني من الكهرباء سواء قامت باستغلالها وتوزيعها بالفعل أم لا ، والغرض من هذا الاتفاق هو

---

[1] هاني صلاح سري الدين،التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص،دار النهضة العربية ٢٠٠١ ،هامش ص٢٤٦ وما بعدها .

[2] هاني سري الدين ،مجلة القانون والاقتصاد ،هامش ص٢٨ .

[3] مجموعة المباديء القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري،السنة العاشرة ،حكم رقم ١٤٦ لسنة ٨ ق، ص٢٥٩ .

ضمان حد أدني للتدفقات النقدية لشركة المشروع علي نحو يضمن لها سداد أصل الدين وفوائده.

مما سبق يتضح لنا أن الدولة تساهم - وإن كان بشكل غير مباشر - في التكلفة الاستثمارية للمشروع من خلال سداد مقابل الخدمة المنتجة علي فترة طويلة خلال مدة اتفاق الترخيص،[1] وهو ما ينأى بالاتفاق عن الطبيعة الإدارية.

ثالثا : يفترض التعاقد بنظام (boot) ، خلافا لالتزام المرفق العام ، وقوع عبء إقامة المشروع علي عاتق المستثمر وعلي نفقته ، وهو فارق جوهري ينأي بهذا العقد عن دائرة عقود التزام المرافق العامة ، ولعل ما قرره المشرع من استثناءات علي القانون رقم ١٢٩لسنة ١٩٤٧ هو دليل قاطع علي عدم تمشي الفلسفة التي يقوم عليها هذا النظام التعاقدي وقواعد العقود الإدارية ، فالباعث على هذه الاستثناءات تهيئة المناخ المناسب للاستثمار وتشجيعه، ومواكبة فلسفة الاقتصاد الحر[2].

رابعا : أنه وإن كان عقد (boot) يشتبه وعقد الأشغال العامة في التزام شركة المشروع بإنشائه وصيانته وترميمه،إلا أن الفارق لا يزال جوهريا بين العقدين من عدة وجوه :-

فمن وجه أول ، يفتقر عقد الأشغال العامة - على عكس (البوت)- لعنصري المدة وتقديم خدمة عامة للجمهور، حيث لا يقوم المقاول فيه بتقديم خدمات لجمهور المنتفعين خلال مدة معينة.

من وجه أخر ، يفترض عقد الأشغال التزام المقاول بتنفيذ الأشغال لحساب الجهة الإدارية ، مقابل ثمن متفق عليه تقوم الأخيرة بدفعه له مقابل ما يقوم به من أعمال ، في حين تتولي شركة المشروع في عقد (boot)

---

[1] هاني صلاح سري الدين ،التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص،مرجع سابق،ص٤٦.

[2] هاني سري الدين ،ورقة عمل بعنوان "الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في خدمات البنية الأساسية للمشروعات المقامة بنظام bot" ، مرجع سابق .

تمويل المشروع، هذا فضلا عن أن إنشاء المرفق ليس مقصودا لذاته وليس الغاية التي تسعي إليها جهة الإدارة ، إنما الغاية بالنسبة للسلطة المتعاقـدة هي تقديم الخدمات دون توقف ، والوفـاء بمتطلبـات المرفـق لجمهـور المنتفعين.[1]

ومن وجه أخير، فإن عقد (boot) يعد من عقود المدة بينما يعتبـر عقد الأشغال العامة من العقود فورية التنفيذ ، فالالتزامات الناشئة عن عقد (boot) تنشأ بالتدريج ولا يتصور أن ينفذ تنفيذا فوريا حيث لا يمكـن أن تستبدل الأعمال التنفيذية المتعاقبة بأي طريقة أخرى دون أن يترتب علـي ذلك الإستبدال تغيير في جوهر الإلتزام أما عقد الأشغال العامـة فيفتـرض فورية الأداء حتي لو تعاقب ذلك الأداء زمنيا ، إذ يعتبر أداءً واحداً، ولكـن جزيء تنفيذه .

ويظهر الأثر القانوني للمغايرة بين العقدين في حالـة الفسـخ ، إذ يختلف الأثر القانوني للفسخ نتيجة لاختلاف طبيعة كل من العقود الفوريـة وعقود المدة ، ففي عقود المدة لا يكون للفسخ أثر رجعي لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي علي هذا الأثر ، حيث إن العقد الزمني يقصد الزمن فيـه لذاته ، فالزمن معقود عليه وما انقضي منه لا يمكن الرجوع فيه ، ويترتب علي ذلك أن المدة التي انقضت من عقد (boot) قبل فسخه تبقي محتفظـة بأثرها ، ويبقي العقد قائما طوال هذه المدة ، ويعتبر العقد مفسوخا من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك.[2]

خامسا: إن اسباغ الصفة الإدارية على عقود (boot) يتعارض وطبيعة هذه العقود، إذ إن قواعد الشريعة العامة هي الأكثر اتساقا مع هذه العقود ؛ كما أنها تنأى بطبيعتها عن فلسفة العقود الإدارية، فهذه العقود جـاءت وليـدة

---

[1] محمد الروبي ، مرجع سابق ص٧٢ وما بعدها.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، نظرية الإلتزام ،١ طبعة ١٩٦٤ ،ص٨٠٦ ؛ وكذا عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمرأو دوري التنفيذ، رسالة دكتـوراه ،١٩٥٠، جامعـة فـؤاد الأول، صـــ ١٨٩وما بعدها.

فلسفة الاقتصاد الحر ، والتوجه نحو مشاركة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة.

من جانب آخر، فإن هذه العقود تتم وفقا لصيغة عقدية أقرب لعقود القانون الخاص وما يسوده من مبدأ سلطان الإرادة أكثر من عقود القانون العام والتي يسودها تمتع الإدارة بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها.

ولا يعني ذلك عدم وجود دور للدولة في هذا المجال، وإنما على العكس من ذلك حيث تضطلع الدولة بمهام فرض القوانين ، والسياسات ، وتوجيه الاقتصاد بعدما كانت قد انغمست الدولة في تفصيلات العمل الإنتاجي ، وانصرفت بعيدا عن دورها الرئيسي في وضع إطار النشاط الاقتصادي وفي الرقابة والإشراف ، وتوفير الخدمات الرئيسية.

المبحث الثاني
الـBOOT وعقود القانون الخاص

يتشابه عقد (boot) مع بعض العقود المعروفة في كل من القانون المدني والتجاري، ومن بين هذه العقود عقد التأجير التمويلي، وعقد الحكر، وحق الانتفاع، ونعرض في هذا المبحث للتمييز بين عقد (boot) وهذه العقود ثم نتبعه ببيان الطبيعة القانونية للعقد كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول
عقد ال(boot) والتأجير التمويلي

يعرف المشرع المصري في المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ عقد التأجير التمويلي[1] بأنه" ١- كل عقد

---

[1] نعرض لعقد التأجير التمويلي للمنقولات فحسب حيث لا يدخل التأجير التمويلي للعقارات في نطاق الدراسة لوجود التزام على عاتق شركة المشروع بتشييد المنشأة.

يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلي مستأجر منقولات مملوكة لـه ، أو تلقاها من المورد استنادا إلي عقد من العقود ، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية يتفق عليها المؤجر مع المستأجر .

٢- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشأت مملوكة للمؤجر، أو يقيمها على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر ، وذلك بالشروط ، والأوضاع ، والمواصفات ، والقيمة الإيجارية التى يحددها العقد .

٣- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلي المستأجر تأجيراً تمويلياً، إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلي المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه علي إبرام عقد التأجير التمويلي" .[1]

ويعرفه الفقه بأنه ذلك العقد الذي بمقتضاه تؤجر إحدي شركات التمويل إلي المستأجر آلة أو عقار لازما له في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه ،وذلك لمدة معينة نظير أجرة متفق عليها يؤديها المستأجر للمؤجر التمويلي طوال مدة الإيجار حسبما هي محددة في العقد ،علي أن يكون للمستأجر في نهاية مدة الإيجار إما أن يعيد استئجار الآله أو العقار، أو تسليم الأشياء المؤجرة للشركة المؤجرة لتعيد تأجيرها للغير، أو التصرف فيها على نحو أو آخر مما يتيحه حق الملكية من تصرفات، وإما أن يختار شراء الآلة أو العقار بالقيمة المتفق عليها في العقد والتي يراعي في تحديدها مجموع قيمة الأجرة التي أداها المستأجر طوال مدة الإيجار ،[2] وإذا جاز التساؤل عن أساس حق المستأجر في تملك الاعيان المؤجرة بعد انتهاء المدة الاتفاقية في عقد الإيجار بمجرد ابداء الرغبة ، فإن التكييف القانوني الصحيح لهذا الحق يتمثل فى صدور ايجاب ملزم من جانب

---

[1] الجريدة الرسمية، ١٩٩٥/٦/٢

[2] محمود محمد فهمي ، بحث بعنوان عقود الbot وتكييفها القانوني مقدم لمؤتمر عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية bot وحسم المنازعات الناشئة عنها ، أكتوبر ٢٠٠٠ ،ص٧

المؤجر بالبيع ، والبقاء على ايجابه طوال مدة سريان عقد التأجير ، فإذا صادف الايجاب قبول من المستأجر لعقد البيع ويصح أن يكون القبول ضمنيا يستفاد من سكوته .

والتأجير التمويلي وإن كان يتشابه مع عقد (boot) في أن كلا منهما يعتبر وسيلة للتمويل إلا أنهما يختلفان من وجهين:

فمن وجه أول ، هناك ثمة التزام بنقل الملكية يقع علي عاتق شركة المشروع في عقد (boot) في نهاية مدة العقد، في حين يكون المستأجر مخيرا بأن يرد الأعيان المؤجرة إلي شركة التأجير التمويلي أو أن يتملكها.

من وجه آخر، فإن حق المستأجر في عقد التأجير التمويلي هو حق شخصي على الأعيان المؤجرة ينتهي بانتهاء المدة الاتفاقية للعقد وفي حالة احتفاظ المستأجر بالأعيان بابداء رغبته في تملكها تعتبر أقساط الأجرة جزءًا من الثمن ، وتحكم العلاقة بينهما أحكام عقد البيع، بينما حق شركة المشروع علي المنشآت هو حق عيني يتمثل في ملكية أصول المشروع طوال مدة الالتزام بما تمنحه هذه الملكية من سلطات.

المطلب الثاني
عقد ال(BOOT) وحق الحكر

يعد الحكر أحد صور الإيجار طويل المدة ، وترجع نشأته إلى حاجة اقتصادية، وأخرى اجتماعية.

أما الحاجة الاقتصادية فهي تعمير الأراضى والمباني الخربة التي لا يستطيع الملاك إصلاحها، فيؤجرونها إلى من يستطيع ذلك، ويميل المستأجر في الغالب إلى أن يكون الإيجار طويل المدة حتى يطمئن إلى أن الأموال التي سينفقها في الإصلاح والتعمير ستدر عائدا مستقبلا، أما الحاجة الاجتماعية فهي رغبة الملاك في استمرار تملكهم للعين.[1]

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط (٦) الجزء (٢)، صـ ١٤٣٣ومابعدها.

وقد عرض التقنين المدنى المصرى لحق الحكر فى المواد ٩٩٩ وما بعدها ، ويؤخذ من نصوص تلك المواد أن حق الحكر حق عينى أصلى،يتعين لانعقاده أن يكون بورقة رسمية، كما أوجبت المادة ١/١٠١٢ أن تكون العين المحتكرة عينا موقوفة، ولا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة أعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة.[١]

وقد شهد حق الحكر تطورا في التشريع الفرنسي ، فنشأ ما يسمي بالإيجار الحكري والإيجار البنائي، ويعرف الحكر أو الإيجار الحكري بأنه " ذلك العقد الذي يخول للمستأجر حقا عينيا علي الأرض يكون قابلا لرهنه رهنا رسميا، وبمقتضاه يلتزم المستأجر بغرس أشجار بأرض المؤجر وصيانتها طوال مدة الإيجار".[٢]

أما الإيجار البنائي فهو" ذلك العقد الذي يلتزم المستأجر بمقتضاه بتشييد مبان علي الأرض المؤجرة وبصيانتها طوال مدة الإيجار يسترد المالك في نهاية مدة الإيجار ملكية المنشآت بموجب اتفاق الإيجار".[٣]

وقد أوجب القضاء الفرنسي توافر أركان ثلاثة في عقد الحكر:

١. أن يكون العقد محدد المدة،ويتعين ألا تقل مدة الإيجار عن ثمانية عشر عاما ولا تزيد عن تسعة وتسعين عاما.
٢. وأن يكون بمقابل، وهذا المقابل يحدد جزافا، وهو يعد من قبيل الثمن وليس الأجرة .
٣. وأخيرا يتعين أن يكون حق المحتكر حقا مطلقا، فحق المحتكر لا يرد عليه قيد في استعماله ، وهذا هو مايميز حق المحتكر عن حق المستأجر، كما يحق للمحتكر أن يؤجر العين من الباطن ، وله أن

---

[1] عبد الرزاق السنهورى ، العقود الإيجار والعارية ، الوسيط ٦ الجزء الثانى ، ص١٤٤٦.

[2] هاني محمد دويدار، مرجع سابق ،هامش ص٤٨ .

[3] Mazeaud (H.L&J), Leçon de droit civil, T.2, 2eme vol. 1976. p.369.

يتنازل عن حق الحكر ،وأخيرا يحق له استعمال العين المحكرة في غير ما أعدت له.[1]

ويتشابه عقد الحكر مع اتفاق (boot) في عدة أوجه:

أولا : كلاهما يرتب حقا عينيا، وفي هذا يتسع نطاق حق المستأجر في الإيجار الحكري عن نظيره في الإيجار العادي.[2] إذ يحق للمستأجر في الإيجار الحكري استعمال واستغلال الحق محل الحكر ، فله أن يحصل على ثمار العين ومنتجاتها، وله حق اكتساب حقوق الآرتفاق المتصلة بالعقار لامكان الانتفاع به، كما يحق للمحتكر رفع دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة للمحافظة علي حقه وحقوق المحتكر، وفي هذا الصدد تتشابه وحقوق المنتفع في حق الانتفاع،[3]بينما يتقرر لشركة المشروع في عقد (البوت) سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف ، شريطة ألا يتعارض ذلك مع التزامها بنقل ملكية المشروع إلى السلطة المتعاقدة في نهاية اتفاق المشروع.

ولما كان حق المحتكر حقا عينيا، فإنه يجب تسجيله لأنه حق عيني أصلي قائم علي عقار، وكذلك يجب تسجيل كل تصرف وارد عليه إما بنقله أو تقرير حق عينى عليه،[4] وفي هذا يتشابه حق المحتكر مع حق شركة المشروع بموجب عقد (boot).

ثانيا: كما أن حق المحتكر حق عيني مؤقت ينصب علي مال مملوك للغير، ويثبت للمحتكر حق استغلال الحق،[5] أما حق شركة المشروع فهو حق عيني ينصب على مال مملوك لها، ويتقرر لها بموجب هذا

---

[1] Alain, droit civil, les contrats speciaux civil et commerciaux,4e edition, Benabent p.170

[2] Weill Alex, droit civil les biens, dalloz, 1970, p.560.

[3] Weill Alex . Op.cit,p.563.

[4] عبد الرازق السنهوري ، الوسيط (٦) الجزء ٢ ، ص ١٤٤٦.

[5] Weill Alex, Op.cit , p.561

الحق استعمال واستغلال والتصرف في المشروع.

ثالثا: حق المحتكر يرد علي عقار كما هو الحال في عقد (boot) ، وفي هذا الشأن يختلف حق المحتكر عن حق المنتفع ، في أن حق الانتفاع يرد علي عقار أو منقول.[1]

رابعا : فإن المحتكر يبدو مالكا مع المالك الأصلي ، حيث يقترن حق الحكر بحق الرقبة ،[2] أما شركة المشروع فهي مالك أصلي للمنشأة.

خامسا : فإن عقد الحكر مثل عقد (BOOT) من عقود المدة وهو عقد طويل الأجل تتحدد فيه المدة بالقدر الذي يطمئن فيه المحتكر بأنه سيسترد ما أنفقه من مصروفات لاصلاح الأرض الزراعية أو اقامة المبني .

اخيرا، يتشابه العقدان فى أنه بانتهاء المدة المقررة قانونا فى عقد الحكر، والمقررة اتفاقا فى عقد ال(boot) ،تنتقل ملكية أصول المشروع من عناصر مادية ومعنوية إلى السلطة المتعاقدة والمالك المستحكر.

ومع ذلك يستفاد من نصوص التقنين المدنى المصرى ومن اتفاقات إنشاء البنية التحتية بنظام (boot) أن العقدين يختلفان من عدة أوجه :

فمن وجه أول، يرد عقد الحكر في القانون المصري علي أرض موقوفة فقط[3]،وهو عقد شكلي لا ينعقد إلا بوثيقة رسمية ، ويجب تسجيله في المحكمة الشرعية،[4] كما أن القانون المصري وضع حدا أقصي لمدة الحكر، فلا يجوز أن تزيد على ستين سنة [5]، أما اتفاقات إنشاء وتملك وتشغيل ونقل ملكية (boot) فمدة العقد تخضع لسلطان إرادة طرفى التعاقد ، فيجوز تجديد العقد بعد فوات تسعة وتسعين عاما على إبرام العقد،كما أنه عقد رضائي

---

[1] leçons de droit civil, Op.cit ,p.368

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط (٦) الجزء الثاني، ص ١٤٤٨.

[3] السنهوري ، الوسيط (٦) الجزء ٢، مرجع سابق، ص ١٤٥٢

[4] السنهوري، الوسيط (٦)، مرجع سابق، صـ ١٤٤٥.

[5] السنهوري ، الوسيط (٦) الجزء (٢) ،مرجع سابق، ص١٤٥٢

يجوز اثباته بكافة طرق الإثبات.

من وجه آخر ، فان انقضاء حق الحكر يعطي للمحتكر حق الخيار في طلب إزالة أو إبقاء البناء مقابل دفع أقل القيمتين بحسب ما إذا كانت قيمة الأعيان وهي مفصولة عن الأرض أعلي من قيمتها وهي باقية فيها.[1]

وأخيرا، فإن المادة ١٠١٢/١ من القانون المدني تنص على أنه " من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٠٠٨ الفقرة الثالثة والتي تنص على انتهاء الحكر قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة.

المطلب الثالث

عقد ال (boot) وحق الانتفاع

حق الانتفاع حق عيني، يخول صاحبه الانتفاع بشئ مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشئ لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الي أن ينتهي حتما بموت المنتفع.[2]

ويتسم الانتفاع- بوصفه حقا عينيا- بأنه حق يرد على شيء معين بالذات ، وأنه يخول صاحبه تتبع الشيء فى أى يد ، ويعطى صاحبه حق أولوية على الشيء محل الحق ، وأخيرا فإن لصاحب الحق التخلى عن الشيء محل الحق.

ويتشابه حق الانتفاع وعقد (boot) في أن كليهما حق عيني، يعطي للمنتفع سلطة استعمال واستغلال الشئ المنتفع به دون أن يثبت للمنتفع ملكية الرقبة أو حق التصرف الذي يثبت لشركة المشروع بموجب عقد (boot).[3]

---

[1] السنهوري ، الوسيط (٦) الجزء ٢ ، ص١٤٨٧ .

[2] السنهوري، أسباب كسب الملكية، الوسيط (٨) ، صـ ١٢٠١.

[3] عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية ، مرجع سابق، صـ ١٢٠١ وما بعدها.

كما يتشابه حق الانتفاع وعقد ال (boot) فـي أن كليهمـا يمكـن ترتيبه لصالح شخص معنوى، وقد حدد القانون الفرنسى هذه المدة بثلاثـين عاما، أما القانون المصرى فلم يضع حدا أقصى لمدة حق الانتفاع المقـرر لصالح الشخص المعنوى فى حال غياب الاتفاق على المدة، وينتهى الاتفاق بانحلال الشخص المعنوى قبل انقضاء المدة المحددة فى العقـد،[١] وأخيـراً يتشابه عقد BOOT وحق الانتفاع فى أنهما يخولان لشركة المشروع وحق المنتفع استعمال واستغلال العين المقررة للمنتفع فلا تثور مشكلة الأولوية .

ومع ذلك يختلف العقدان فى أن محل عقد (boot) هو دائما عقار أو عقار بالتخصيص . ومن ذلك ما جاء بعقد محطة كهرباء سيدى كريـر في مادته ٦-١ من "تنقل الشركة للهيئة مالها من حقوق ، وحقـوق ملكيـة ومصلحة فيما يتعلق بالتركيبات والأجهزة والمعدات " [٢] . فى حين أن حق الانتفاع يصلح أن يرد على الأشياء المنقولة والعقارية.

كما أن حق المنتفع حق عينى مؤقت. أما شركة المشروع فيتقرر لها حقـا عينيا مؤقتا بمدة اتفاق الترخيص يتمثل في تملك المنشأة[٣].

من وجه ثالث ، فإن عقد boot لا يرد بالنسبة له حق التتبع ، إذ أن من بين التزامات السلطة المتعاقدة ضمان عدم التعرض والاستحقاق الصادر منها وتثبت الملكية لشركة المشروع طوال مدة الاتفاق.

وأخيراً يختلف العقدان فى أن محل التزام شركة المشروع فى نهاية مدة عقد boot يتمثل فى نقل ملكية المنشأة ، بينما يتمثل التزام المنتفع فـى تسليم العين إلى مالك الرقبة فى نهاية الانتفاع .

---

[1] عبد الرزاق السنهورى ، أسباب كسب الملكية ، ص١٢١٤ ، وكذا

[2] قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام انشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطة سيدى كرير البخارية بنظام الـBOOT. مشار إليه لدى هاني سرى الدين، التنظيم القانوني التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٤٦١.

[3] Leçon de droit civil, Op.cit, p.339.

المطلب الرابع

مدى اعتبار عقد الboot من عقود القانون الخاص

عرضنا لعقود القانون الخاص التي تشتبه بعقد البـــوت، ويثــور التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا العقد وما إذا كان العقد يعتبر من عقود القانون الخاص.

يذهب جانب من الفقه إلى "عدم وضع تكييف واحد عام ينطبق علـــى هــذه العقود في جميع صورها في كل الحالات، والأفضل هو تكييف كــل عقــد على حدة في ضوء شروطه وعناصره، وأيضا الظروف والملابسات التـــي أحاطت به، بحيث يكون التكييف متسقا تماما مع جـــوهر وحقيقـــة العقـــد، وكاشفا في نفس الوقت عن الخصوصية التي تميز كل عقد على حده"[1].

ويستند أنصار هذا الرأى للحجج التالية:-

١. اقتراب عقود (boot) من العقود الإدارية لتعلقها بمرفق عام،إلا أن ظهور الدولة كسلطة عامة بالإضافة الي عدم احتواء العقــد علـــي الشروط الاستثنائيه غير المألوفة يخرج تلك العقود عن دائرة العقود الإدارية.

٢. الافتقار إلي تنظيم قانونى ينظم عقود (boot) بوجه عام عدا بعض القوانين التى تعالج مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها يفــرد لها نظاما خاصا.

٣. خلو نصوص القانون المدنى من أية اشارة لهذه العقود يخرجها عن نظام القانون المدنى.[٢]

والرأي السالف محل نظر إذ من المعلوم أن العقود تنقسم إلى عقود مـــسماة

---

[1] خالد محمد عبد الله العطية ،مرجع سابق،النظام القانوني لعقـــود التـــشييد والتـــشغيل ونقـــل الملكية،مرجع سابق ،ص٧٢ ؛وكذلك أحمد سلامة بدر،العقود الإدارية وعقـــد البـــوت bot ،دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٣٨٦ ؛ أنس جعفر العقود الإداريه ، دار النهضه العربيه ٢٠٠٣ ، ص٨٣.

[2] أحمد سلامه بدر، مرجع سابق ، ص٣٨٦

وعقود غير مسماة وينصرف وصف العقود غير المسماة إلى تلك التي لم ينظمها الشارع من حيث كونها أقل شيوعا في العمل، ودلالة ذلك أن القانون المدني القديم لم ينظم عقود المقاولة والعمل والحراسة فعالجها التقنين المدني الجديد بعد ان شاع العمل بها، وليس من شأن عدم تسمية العقد فى التقنين المدنى أن يضفي عليها الطبيعة الإدارية.[١]

يذهب جانب آخر من الفقه – ويشاطره الباحث الرأي- إلى القول بأن عقد البووت يعتبر من عقود القانون الخاص[٢] وهو ما يستشف من نص المادة ١٨ بند ٤ من اتفاق مشروع كهرباء سيدى كرير وأحكام القضاء فى فرنسا ، كما يعتبر القانون التركي عقد البووت من قبيل عقود القانون الخاص، وأخيرا يقر القانون الأمريكي بالطبيعة الخاصة للعقد.

*** اتفاق مشروع كهرباء سيدى كرير**

تنص المادة ١٨ بند ٤ من اتفاق مشروع كهرباء سيدى كرير المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن على أن "توافق الهيئة موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية التى تدخل ضمن برنامج الضمان والتى هى طرف فيها تعتبر تصرفات خاصة وتجارية"[٣].

يتضح من نص المادة سالفة الذكر أن اتفاق الاطراف اعتبر اتفاق المشروع من عقود القانون الخاص ، وأنزل عليه الصفة التجارية ، عملا بالمادة الثانية من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام الوسيط (١) ، الطبعة الثانية ١٩٦٤، مطبعة دار النهضة، صـ ١٦٧.وراجع تقدير الاتجاه الذي يؤيد الطبيعة الإدارية للعقد.

[2] راجع هاني سري الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،مرجع سابق ، صـ ، وكذا ماهر محمد حامد، النظام القانونى لعقد البوت bot ، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق ، ٢٠٠٤، صـ

[3] راجع اتفاق مشروع كهرباء سيدى كرير ، مشار إليه لدى هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ص ٥٣٨.

- **الوضع في فرنسا:-**

تأثرت أحكام القضاء الفرنسي بالنشاط الاقتصادي، والتحول نحو اقتصاد السوق وزيادة مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية التحتية، والانضمام لمنظومة الاتحاد الأوربي، الأمر الذي ترتب عليه صعوبة وضع معيار فاصل في مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري.[1]

ففي قضاء لمحكمة التنازع الفرنسية، أخذت بنظرية الأعمال القابلة للانفصال "acte détachables" في معرض توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، في النزاع بين مطارات باريس و شركة Air France ضد شركة الخطوط الأوروبية TAT.

وتجمل وقائع النزاع في أن المؤسسة العامة للطيران في باريس وشركةAir France رفضت منح شركة TAT الحق في افتتاح خطوط جديدة في مطارات (أورلي) الغربية، واستعمال خدمات المساعدة عند الهبوط بمطار (أورلي) الجنوبي، فقد قضت محكمة الاستئناف برفض دفع محافظ (باريس) بعدم اختصاص محكمة الاستئناف بنظر موضوع الدعوي، والذي يقرر فيه أن تنظيم وتوزيع شركات الطيران بين المطارات المختلفة، وأعمال الإدارة وكذلك المسائل الخاصة باستعمال الأنشطة الجوية تصدر بناء علي قرار من رئيس هيئة الطيران المدني، ومن ثم نكون بصدد قرار إداري تخضع المنازعة فيه لولاية القضاء الإداري ،وأصدرت حكمها برفض الدفع وتقرير اختصاص مجلس المنافسة conseil de la concurrence.) فتقدم محافظ (باريس) بطلب وقف تنفيذ الحكم لحين فصل محكمة التنازع في مسألة الاختصاص.

وأمام محكمة التنازع، دفعت شركة (Air France) ومؤسسة

---

[1] Revue concession-bot. Tribunal des conflits. 18 Octobre 1999. n7. decembre1999. p.111.

طيران (باريس) باختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بإعادة تنظيم مطارات (أورلي) الغربية و(أورلي) الجنوبية لأنها تمثل ممارسة لامتياز السلطة العامة، و تتعلق بتنظيم الخدمة العامة، وأكدت أن قرار إعادة تنظيم الرصيف ومسائل تنظيم أنشطة الطيران تدخل في نطاق امتياز السلطة العامة، وتحديد اختصاص الدومين العام للطيران.

بينما طالبت شركة طيران TATرفض دعوى التنازع علي أساس أن مطارات باريس تدخل في نطاق الانشطة الواردة بالأمر رقم ١ لسنة ١٩٨٦ والذي يقضي بأن "مجلس المنافسة ومحكمة الاستئناف يختصان بتوقيع الجزاء في ممارسات المنافسة غير المشروعة".

وانتهى حكم محكمة التنازع إلى تقرير اختصاص مجلس المنافسة ، تحت إشراف القضاء العادى ، بمعاقبة الأشخاص العامة إذا تعلق الأمر بالأنشطة الإنتاجية والتوزيع والخدمات، بينما يختص القضاء الإداري بنظر القرارات المتعلقة بتقديم الخدمة العامة لتحري مدي مشروعيتها[1] .

ويؤخذ من هذا الحكم أنه قرر الاختصاص للقضاء الادارى بنظر القرارات المتعلقة بتقديم الخدمة العامة فى نطاق التحرى عن مدى مشروعيتها أخذا بنظرية الأعمال القابلة للانفصال ، بينما أسند الاختصاص للقضاء العادى بمعاقبة الأشخاص العامة حيث يتعلق الأمر بالانشطة الإنتاجية والتوزيع وتقديم الخدمات ، ويكون بذلك قد توسع فى اختصاص القضاء العادى وقلص اختصاص القضاء الادارى فى نظر مشروعية القرارات المتعلقة بتقديم الخدمة ، وإن لم يضع معيارا جامعا مانعا لاختصاص كل من القضاء العادى والقضاء الادارى.

- **الوضع في القانون التركي:**

يميز القضاء التركى بين الطبيعة القانونية لاتفاق (boot) ،

---

[1] حكم محكمة التنازع الفرنسية:
Revue concession-bot, no7, decembre 1999, pp.111-113.

واتفاق الترخيص أو الامتياز.

ففي الحالة الأولي ، تبرم جهة الإدارة العقد بوصفها شخصا من أشخاص القانون الخاص وتحكمه القواعد العامة وأحكام القانون التجارى، وعلى العكس في الفرض الثانى حيث تخضع العقود التي تبرمها الإدارة إلى القانون الادارى ، باعتبار أن تلك العقود من العقود الإدارية وهو ما قضى به مجلس الدولة التركى في أحكامه عند مراجعة عدة عقود (boot) ، حيث انتهى إلى خضوع العقد لأحكام القانون التجاري، ونفى انطباق أحكام عقد الامتياز على العقد الأخير، واستند هذا القضاء على ما نص عليه القانون رقم ٩٤/٣٩٩٦ في شان مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، والذي نص على تجارية عقد (boot) ونفى الصفه الإدارية عنه.[1]

- **الوضع في القانون الأمريكي :-**

أما الفقه والقانون الأمريكي، فيذهب إلي إحترام العقد، وتنفيذ ما ورد به من التزامات، ولكل طرف إلزام الطرف الآخر بما اتفق عليه دون زيادة أو نقصان فإذا ما أراد أحدهما التعديل كان ذلك بمثابة انتهاك لالتزام تعاقدي، مالم يحصل الطرف المعني علي موافقة الطرف الآخر.

غير أن النظام القانوني الأمريكي يجيز الاتفاق على تعديل العقد بالإرادة المنفردة. وتحكم هذه التعديلات نظرية الإثراء بلا سبب ، فمثلا إذا طلبت الحكومة في أحد تعاقداتها تعديل حجم الوحدات، أو عددها أو مواصفاتها، أو وقت تنفيذها أو تكلفتها التزمت بتعديل المقابل المالي حتي لا تثري بدون وجه حق علي حساب المتعاقد معها، ويشترط لسريان التعديل

---

[1] Lamethe Didier. Les relations entre les government et les enterprises en matiere de grands projets d' investissement, J DI, n1, 1998, p.58.

أن يكون هناك اتفاق في العقد علي مكنة التعديل أي عند اجازة العقد ذلك لأحد الطرفين، وليس بالإرادة المنفردة للإدارة وحدها، كما يجيز هذا القانون إجراء تعديلات جوهرية في نطاق العقد ،بمعني أنه يحق للمتعاقد أن يطلب القيام بأعمال تخالف ما اتفق عليه في بداية العقد [1].

فالقانون الأمريكي يجهل فكرة العقد الإداري الذي تعلو فيه إرادة الإدارة علي إرادة المتعاقد معها، وعلي ذلك ،فإن مبدأي سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين هما الأكثر اتساقا مع الاتجاه السائد في القانون الأمريكي.[2]

---

[1] وهو ما لا يتفق في نظر الباحث مع النظام اللاتيني الذي لا يسمح بالاتجاه إلى الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام حيث يوجد علاقة تعاقدية بين الطرفين.

[2] محمد بهجت قايد اقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام ال bot) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام ال B.O.O.T) ،دار النهضة العربية ،ص٣٧ وما بعدها ،وكذلك محمد أبو العينين بحث بعنوان "انتشار الاتجاه نحو خصخصة مشروعات البنية التحتية مقدم للمؤتمر الدولي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ومقومات نجاحها في مصر" ،نوفمبر ١٩٩٩.

الباب الثاني

في تكوين العقد ومخاطره

تمهيد:-

نظرا لأهمية العقود الخاصة بمنح الالتزام حرص المشرع في الدساتير المصرية المتعاقبة علي تعيين السلطة المختصة بمنح الالتزام وكيفية منحه ،حيث نص دستور سنة ١٩٢٣ و ١٩٥٦ علي أن منح الالتزام يكون بقانون فيما يخص استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة في البلاد، وجاء دستور سنة ١٩٥٨ من بعد فقرر أن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار الثروة الطبيعية والمرافق العامة يكون بناء علي قرار من رئيس الجمهورية، بعد موافقة مجلس الأمة، وبقي الوضع علي ما هو عليه في ظل دستور ١٩٦٤ ودستور سنة ١٩٧١،[١] ومع توجه الدولة نحو تبني سياسة اقتصاد السوق، وتفعيل دور القطاع الخاص في المشاركة في عمليات تمويل مشروعات البنية التحتية، صدرت التشريعات المتوالية لمواكبة هذا التوجه ، والملاحظ أن التشريعات المختلفة اتسمت بقدر من المرونة في خصوص منح الإلتزام، فقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لأنشاء وإدارة استغلال المطارات وأراضي النزول علي أن "يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها وحصة الحكومة في حدود القواعد والاجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء ،بناء علي اقتراح الوزير المختص، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون اذن من مجلس الوزراء"،[٢]ولقد سار على هذا المنوال القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢

---

[1] أنظر جابر جاد نصار ، عقود البوت BOT ،مرجع سابق ،ص١٠٤ ومابعدها.

[2] النشرة التشريعية ، العدد الثاني ،فبراير ١٩٩٧ ، صـ ٢٠٥ .

لسنة ١٩٧٦ بشأن هيئة كهرباء مصر[١]، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة،[٢] والقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن الموانئ التخصصية.[٣].

أما القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تحويل الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة مصرية،فقد أخذ بنظام التراخيص كطريق لمشاركة القطاع الخاص في تمويل مشروعات البنية التحتية، حيث نصت المادة ١٢ من القانون المذكور على أن " ينشأ بوزارة النقل والمواصلات جهاز لتنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية تؤول اليه الاختصاصات المسندة للهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٩ في شأن بعض الأحكام الخاصة بالاتصالات اللاسلكية ،كما يتولي الاشراف علي حسن سير المرفق ووضع الخطط والبرامج اللازمة لذلك ومتابعة تنفيذها واعتماد أسعار الخدمات المقدمة للجمهور، واصدار التراخيص للشركات للعمل في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية ومتابعة أداء هذه الشركات والتنسيق بينها، ويصدر بتنظيم الجهاز وكيفية مباشرة اختصاصاته قرار من رئيس الجمهورية".

يتضح مما سبق أن الدولة لجأت إلى طريق منح الالتزام في مشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص في مرافق الكهرباء والمطارات والموانئ المتخصصة والطرق، وجعلته من سلطة مجلس الوزراء بعد أن كان رئيس الجمهورية هو المختص بمنح الالتزام بعد موافقة مجلس الشعب، بينما اتبعت طريق التراخيص للقطاع العام والخاص على حد سواء لتشغيل واستغلال خدمات الاتصالات السلكية

---

[1] النشرة التشريعية ،العدد السادس يونيه ١٩٩٦ ،ص٧٤١

[2] النشرة التشريعية ،العدد السابع يوليه ١٩٩١، ص ٩٩٧.

[3] الجريدة الرسمية – العدد ٥- ١٩٩٦/٢/١.

واللاسلكية.[1]

وجدير بالذكر أن دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١ ينص في المادة ١٤٥ منه على أن "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لأنشاء وتنظيم المرافق العامة"، وهو النص الذي لم يدركه التعديل الأخير للدستور، ومن ثم فإن منح التزامات المرافق العامة والمصالح العامة يكون بقرار من رئيس الجمهورية، وعليه فإن القوانين أرقام ١٩٩٦/١بشأن الموانئ التخصصية، والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦بشأن كهرباء مصر، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن الطرق العامة، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة بإنشاء وإدراة واستغلال المطارات وأراضي النزول، والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تحويل الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية إلى شركة مساهمة مصرية، والتي خولت مجلس الوزراء حق منح الالتزام في مشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص في مرافق الكهرباء والمطارات والموانئ التخصصية والطرق، بل والتي اتبعت طريق التراخيص للقطاع العام والخاص لتشغيل واستغلال خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية- تظللها شبهة عدم الدستورية لمخالفتها للنص الدستوري سالف الذكر و هو ما قد يثير بالتالي مسئولية الدولة أمام المتعاقدين معها.

أما القانون الفرنسي، فلم يتبع في منح الالتزام نهج نظيره المصري، إذ يتم منح الالتزام في فرنسا إما بموجب مرسوم، أو بناء علي قرار من وزير الداخلية أو الوزير المختص بالبنية التحتية المعنية محل الاتفاق ، أو بقرار من المحافظ وذلك كله بعد أخذ رأي مجلس الدولة الفرنسي.[2]

وسنعرض في هذا الباب لطرفي اتفاق المشروع والالتزامات التي

---

[1] هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية ٢٠٠١، صـ ٢٣٧ وما بعدها.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit , p.251

يرتبها الاتفاق على عاتقهما ، ثم نعرض للمخاطر التي تواجــه المــشروع والضمانات المقررة لمواجهتها كل في فصل مستقل.

علي ضوء ما تقدم سينقسم هذا الباب إلى:

الفصل أول: النطاق الشخصي لاتفاق المشروع.

الفصل الثاني: النطاق الموضوعي لاتفاق المشروع.

الفصل الثالث: في مخاطر العقد.

الفصل الأول

النطاق الشخصي لاتفاق المشروع

وسوف نعرض في هذا الفصل لطرفى اتفاق المشروع ، وهما جهة الإدارة والطرف المتعاقد معها في (مبحث أول) وكيفية اختياره في (مبحث ثان).

المبحث الأول

أطراف اتفاق المشروع

أولا: الجهة أو الهيئة العامة المتعاقدة:

تتمثل الجهات الممثلة للدولة في الأجهزة المركزية أو المحلية التابعة لها ،كما تشمل المشروعات العامة الاقتصادية التي تجيز لها الدولة التعاقد بنظام (boot).[1]

أما بالنسبة للأجهزة المركزية فهي تضم الحكومة والوزارات، فقد قامت وزارة النقل بطرح مشروع ميناء شمال السخنة والذي يقع علي ساحل خليج السويس ويمتد من السويس جنوبا حتي القاهرة شرقا، ويجاور المنطقة الاقتصادية الصناعية الحرة على شركة تنمية ميناء السخنة "شركة مساهمة مصرية"، وتم إبرام العقد بتاريخ ١٩٩٩/٩/٨. والهدف من إنشاء هذا الميناء تنمية منطقة شمال غرب خليج السويس.[٢]

---

[1] ماهر محمد حامد أحمد ،النظام القانوني لعقد ال(بوت) (boot) ،رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الزقازيق ،٢٠٠٤ ،ص١٠٤

[2] محمود محمد عثمان خضر ،ورقة عمل بعنوان "تجربة الهيئة العامة لموانىء البحر الاحمر في تشغيل ميناء شمال العين السخنة بنظام bot "، مقدمة للمؤتمر الدولي عن عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية bot وحسم المنازعات الناشئة عنها بمركز القاهرة الاقليمي ٢٨،٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠ ص١

وقد تكون الجهة الممثلة للدولة في التعاقد إحدى وحدات الحكم المحلي ، ومثاله العقود المبرمة لبناء وتشغيل ونقل ملكية جراج ميدان التحرير بالقاهرة ، وجراج ميدان مصطفي محمود ،وجراج منطقة الجزيرة بالجيزة ،وجراج سأنت.كاترين وسموحة بالاسكندرية[1]، حيث أبرم العقد بين المحافظة وشركة المشروع.

أما بالنسبة للمشروعات العامة الاقتصادية ،فلقد نشأت هذه المشروعات مع زيادة تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، فكانت الوسيلة التي تستخدمها الدولة لتمارس الأنشطة الاقتصادية شأنها شأن سائر الافراد العاديين.[2]

وتتمثل المشروعات العامة الاقتصادية الآن في عمومها في شركات قطاع الاعمال العام التي حلت محل هيئات القطاع العام بموجب القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، حيث نصت المادة الثانية منه علي أن " تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة١٩٨٣، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التي تشرف عليها هذه الهيئات اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون، دون حاجة الي إجراء آخر".

والخلاصة أن الممارسات العملية في مصر جرت علي أن تتولى الجهة المعنية أصلا بتنظيم المرفق وتقديم خدمة البنية الأساسية المرتبطة به إبرام اتفاق المشروع .[3]

أما في فرنسا فقد منح المشرع للدولة والبلديات والهيئات العامة والوحدات المحلية الحق في إبرام عقود (boot)، وتتولي الوزارات ابرام

---

[1] رشدي صالح عبد الفتاح ،دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الاساسية بنظام ال bot ،رسالة دكتوراه ،٢٠٠٥ ،كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ،ص٩٧ وما بعدها .

[2] ماهر محمد حامد ،مرجع سابق ،ص١٠٥.

[3] هاني صلاح سري الدين ،التنظيم القانوني والتعاقدي لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (boot) ،كتاب الاهرام الاقتصادي ،العدد ١٧٧ ،سبتمبر ٢٠٠٢ ،ص٧٨ .

العقد عندما يتعلق الأمر بمصلحة قومية، بينما تتولي البلديات ابرام تلك العقود إذا تعلق الأمر بمصلحة اقليمية .

أما بالنسبة للهيئات العامة ،فهي تشمل الهيئات العامة المحلية ، وقد يتم الاتفاق بين كل من الوحدات المحلية والهيئات العامة علي ابرام عقود تمويل مشروعات البنية التحتية .[1]

تلك هي الجهات التي يحق لها التعاقد كممثل للسلطة المتعاقدة في كل من مصر وفرنسا.

ثانيا: المتعاقد مع السلطة المتعاقدة:-

لما كانت مشروعات البنية التحتية تتطلب رؤوس أموال باهظة فضلا عن الحاجة إلى الخبرة والمعرفة والمهارات التنظيمية والادارية ، فقد تلجأ بعض الشركات المتخصصة كل في مجالها إلى تنظيم كونسرتيوم فيما بينها للتقدم للعطاء،و الغرض منه إعداد دراسات جدوى المشروع والتقدم للعطاء، والأصل أن (الكونسرتيوم) يمثل كيانا تعاقديا محضا ليست له شخصية قانونية خاصة به،[2] وقد يكونون فيما بينهم شركة ذات المسئولية المحدودة بهدف توزيع المسئوليات والمخاطر عن عدم رسو العطاء ، والمتمثلة في نفقات دراسات الجدوى وإعداد مستندات العطاء.[3] فإذا ما رسى العطاء عليهم التزموا بتكوين شركة يكون غرضها البناء والتمويل وتملك وتشغيل المشروع تحت اسم شركة المشروع .[4]

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.248 et s.

[2] خالد العطية ، مرجع سابق، صـ ٤١.

[3] David, Ashford Beven . the major players and the structure of their Hunter contractual relationships in public private partner ships and PFI. Sweet and Maxwell, p.3004: Unido BOT guide lines. Op.cit. p.10 et s.

[4] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١ ، صـ ١٠٩.

ويتم اختيار الشكل القانوني لشركة المشروع بما يتحقق به أفضل النتائج الاستثمارية، فعلى سبيل المثال، اتخذت شركة المشروع (شركة أنترجن) في مشروع (سيدي كرير) شكل شركة التوصية بالأسهم لاعتبارات متعلقة بالنظام الضريبي في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ يترتب على اتخاذ شركة المشروع شكل شركة المساهمة خضوع أرباح الشركة في القانون المصري والأمريكي لضرائب باهظة، وقد يكون اتخاذ شكل معين مرده التمتع بمزايا معينة يكفلها القانون كما هو الحال في الشركات المنشأة في ظل قانون ضمانات وحوافز الاستثمار[١]، وقد يتصل الشكل بالاعتبارات التمويلية، فنظرا لضخامة التمويل اللازم لتنفيذ مشروعات (البووت)، تتخذ شركة المشروع شكل شركة المساهمة أو التوصية بالأسهم. ففي ظل القانون المصري يمكن لشركة المشروع أن تحصل على مصادر التمويل من سوق المال، عن طريق اصدار سندات تمكن الشركة من الاقتراض من الجمهور.[٢]

وفى مصر ، أتاح القانون المصري لكل من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين ،سواء أكانوا مصريين أم أجانب الحق في إبرام العقود بنظام (bot) حينما قرر إمكان مشاركة الأشخاص الخاصة في تمويل مشروعات البنية التحتية في المادة الرابعة مكرر من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ في شأن الموانيء التخصصية ،والمادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المعدل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن هيئة كهرباء مصر والمادة ١٢ مكرر من القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق، ص ١٢٦.

[2] محمد بهجت قايد، اقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية نظام BOT أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية نظام (BOOT) ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، صـ ٤٥.

لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة ،وأخيرا المادة الأولي من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول[١].

ولعل رغبة المشرع المصري في تطوير منشآت البنية التحتية بصورة تتماشي مع التقدم العلمي والتكنولوجي، باعتبارها عنصرا هاما في التنمية الاقتصادية ،هي التي دفعته الي تشجيع مشاركة القطاع الخاص في تمويل هذه المشروعات بالنص علي ذلك في قطاعات مرافق البنية التحتية سالفة الذكر، وكان يتعين علي المشرع المصري أن يمد نطاق مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشروعات البنية التحتية علي سائر مرافق البنية التحتية الأخري.

ويثور التساؤل عن مدى انصراف التصرفات القانونية إلى شركة المشروع في الفترة ما بين البدء في تأسيس الشركة - وهي في الغالب شركة مساهمة- وبين اكتسابها الشخصية المعنوية .

والرأي الراجح يتجه إلى الزام شركة المشروع بالتصرفات والأعمال التي أجراها المؤسسون على سند من تمتع الشركة بالشخصية المعنوية بالقدر اللازم لعملية التأسيس، وعلى اعتبار أن المؤسسين يمثلون الشركة عند ابرامهم لهذه التصرفات.[٢]

كما يجد هذا النظر سنده في نص المادة ١٣ من القانون رقم١٥٩ لسنة ٨١ حيث تنص على "مع مراعاة احكام المادة السابقة ، تسرى العقود والتصرفات التى أجراها المؤسسون بإسم الشركة تحت التأسيس فى حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة ، أما فى غير ذلك من الحالات فلا تسرى تلك العقود والتصرفات فى حق الشركة بعد

---

[1] أراضي النزول هي الممر الأرضي للطائرات.

[2] محمد فريد العريني، القانون التجاري شركات الأموال، دارالمطبوعات الجامعية، طبعة ٢٠٠١، صـ ٢١٢.

التأسيس إلا إذا اعتمدتها الجهة المنصوص عليها فى المادة السابقة ".

كما تنص المادة ٢٠ على أنه "يجب أن تودع المبالغ المدفوعة لحساب الشركة تحت التأسيس فى أحد البنوك المرخص لها بذلك بقرار من الوزير المختص ، ولا يجوز للشركة سحب هذه المبالغ إلا بعد شهر نظامها أو عقد تأسيسها فى السجل التجارى ".

ووفقا لما جرى عليه العمل يبرم المساهمون الشركاء في شركة المشروع اتفاقا لتنظيم علاقاتهم التعاقدية ، وما يتعلق بالشركة من أمور مالية وإدارية ويطلق على هذا الاتفاق اتفاق المساهمين (shareholders agreement) ؛ ويتناول الاتفاق القواعد الاجرائية والموضوعية التى تحكم كيفية إدارة الشركة والتنازل عن الأسهم وما يتصل بنشاط الشركة من امور ابرزها[1] :

١. إدارة الشركة :

يحدد اتفاق المساهمين قواعد إدارة الشركة وتكريس مبدأ التمثيل النسبى لرأس المال فى إدارتها ، كما يحدد قواعد تعيين اعضاء مجلس الإدارة وكيفية التصويت والاغلبية المطلوبة له.[2]

٢. تنازل أحد الشركاء عن حصته:

رغم أن شركة المشروع تأخذ فى الغالب شكل شركة المساهمة، إلا أنه بالنظر إلى فداحة المخاطر المرتبطة بالمشروع، واعتماد نجاحه أو فشله على الخطط الفنية والمالية والادارية للمساهمين فإن الطابع الشخصى هو السمة الغالبة على هذه الشركات، حيث يعبر المساهمون من خلالها عن

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (boot) ، مرجع سابق ص٨١ وما بعدها .

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص١٢٠ .

خبراتهم الفنية والمالية،[1] ولذلك فإن اتفاق المساهمين ينظم حرية أطراف الاتفاق فى التنازل عن الأسهم، ويتحقق ذلك بتضمين اتفاق المساهمين النصوص المنظمة لمسألة تنازل أحد المساهمين عن حصته ، وقد يواجه هذا الأمر صعوبة، فالسلطة المتعاقدة عادة ما تحظر عند إبرام اتفاق المشروع تنازل المشغل عن حصته فى رأس مال الشركة طوال مدة العقد بغية ضمان إدارة المشروع بواسطة مشغل ذى خبرة[2]، وهذا التقييد مسموح به في قانون سوق رأس المال رقم ١٩٩٢/٩٥ حيث تنص المادة ٦٣ على أن : لا يجوز للشركة أو نظامها الأساسي وضع قيود على تداول أسهمها متى كانت من شركات الاكتتاب العام أو على الأسهم التي يتم قيدها ببورصات الأوراق المالية، وذلك مع عدم الاخلال بالأوضاع المقررة عند تاريخ العمل بهذه اللائحة". وتطبيقا لذلك، فإنه لما كانت شركة المشروع شركة مغلقة كان من المسموح تقييد تداول الأسهم. غير أن ذلك قد يؤدى إلى صعوبة فى الحصول على التمويل اللازم لاقامة المشروع حيث تواجه مؤسسات التمويل صعوبة في حوالة حقوقها فى حالة اخلال المشغل بالتزامه بالوفاء بما عليه من ديون، فاحتمال تولى مشغل آخر قد يصطدم وغاية السلطة المتعاقدة فى أن تتم إدارة المشروع بصورة جيدة. ولعلاج هذا الأمر يشترط موافقة السلطة المتعاقدة على المشغل الآخر مع وجوب توافر الشروط المتطلبة فيمن تقدم للعطاء.[3]

ومن وجه آخر ، قد يتم توقيع اتفاق المساهمين قبل منح الامتياز أو

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص١٢٠

[2] Campbell Nigel, Bevzn Ashford, share holders agreement, public private partner ships and PFI, Sweet & Max Well Op.cit, p.3029.

[3] Kerf Michael, concessions for infrastructure: a guide to their design and award, n.wp.399, March1998.

راجع موقع البنك الدولى على الشبكة :

http :// www- wds.world bank.org/

الترخيص ، ففى هذه الأحوال يتم تعديل اتفاق المساهمين ليتفق مع اتفاق المشروع عند مرحلة الاقفال المالى للمشروع ، وهي المرحلة التي يكتمل فيها جمع رأس المال اللازم لاقامة المشروع.

كما يتعين أن ينظم اتفاق المساهمين في الأحوال التى يسمح فيها بالتنازل عن الحصص مسألة حق الأولوية فى الشراء واجراءاته وكيفية تقييم الأسهم المتنازل عنه ورفض تنازل المساهمين الراغبين فى التنازل عن حصصهم للغير.وغنى عن البيان أن تنازل أحد المساهمين عن حصته فى رأس مال الشركة يؤدى إلى انتقال الحقوق والالتزامات إلى المتنازل اليه.[1]

المبحث الثاني
كيفية اختيار شركة المشروع

مراحل الإعداد للمشروع المأمول طرحه على القطاع الخاص:-

على الصعيد الدولى ، يمر إعداد المشروع واختيار المستثمر بمراحل خمس: الأولى ، مرحلة الإعداد للمشروع واختيار المستثمر . والثانية ، إعداد مستندات العطاء ، والثالثة ، مرحلة التأهيل ، والرابعة ، تقديم العروض المالية والفنية والتعاقدية . أما الخامسة فهى تقويم العطاءات واختيار الكونسرتيوم المعنى.

المرحلة الأولى: مرحلة إعداد المشروع واختيار المستثمر :-

وتشمل هذه المرحلة كافة الاعمال والتصرفات التى تتم فى سبيل الإعداد للمشروع وتحضير مستندات العطاء، إلى أن يتم اختيار المستثمر وإرساء العطاء عليه.

١) اختيار المشروع وتحديد مواصفاته من قبل السلطة المتعاقدة :

فى هذه المرحلة تقوم الجهة الادارية بتحديد احتياجاتها وأولوياتها،

---

[1] Campbell Nigel, Op. cit, p.3030.

وإعداد دراسات الجدوى التمهيدية للمشروع ، وتقارن بين البدائل التمويلية وتعيين عيوب ومزايا البدائل المختلفة ، ولا يقتصر الأمر – بطبيعة الحال – على الجوانب التمويلية فحسب ، بل يتعين على السلطة المتعاقدة دراسة الجدوى الاجتماعية للمشروع وتحديد الاهداف التى تسعى إلى تحقيقها من ورائه ، كما يتعين عليها أن تتحقق عما إذا كان المشروع يساهم فى خلق قاعدة صناعية أو فرص عمل جديدة لها صفة الاستمرار ، وما يترتب على ذلك ويرتبط به من تكوين مناطق عمرانية جديدة . وللسلطة المتعاقدة أن تستعين بخبراء للتأكد من جدوى المشروع الاقتصادية.[1]

المرحلة الثانية: إعداد مستندات العطاء :

فى هذه المرحلة تتولى جهة الإدارة إعداد كراسة شروط العطاء وتحدد فيها – على سبيل المثال لا الحصر– مواصفات المشروع ، ومضمون اتفاق المشروع، مواعيد انجاز المنشآت ، ومدة الامتياز ، وصور الحصول على التمويل ، والأسس التى تؤخذ فى الاعتبار عند تقييم العطاءات ، والرسوم أو مقابل تقديم الخدمة ، والعملة التى يتم تقييم العطاء على أساسها ، وسعر صرف العملة المتعامل بها فى التعاقد ، والشروط البيئية الواجب توافرها لدى تنفيذ المشروع ، ومدى وجود مشروعات أخرى مماثلة للمشروع المراد تنفيذه.[2]

وقد-تكون الوثائق الموحدة والمصاغة فى عبارات دقيقة عنصرا هاما فى تيسير المفاوضات بين مقدمى العروض والمقرضين والمستثمرين ،ومن الصائب صياغة نماذج عقود موحدة للقطاع المعني وهو النهج المتبع في دولة الصين.ويرى جانب من الرأي أن هذا الأسلوب من شأنه التوفيق بين أطراف التعاقد المختلفة التي تتميز بها عقود البوت. ومن مزايا هذا

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، ص٧٨ ؛ وكذا
Unido BOT guide lines, Op.cit, p.21.

[2] Unido BOT guide lines, Op.cit, p.112:113.

الأسلوب أنه يحيط الأطراف بالمستندات اللازمة للعطاء، واختصار الوقت اللازم لإعداد تلك المستندات، وييسر المقارنة بين العطاءات المختلفة واختيار الأفضل من بينها.[1]

بيد أنه يتعين أن يوضع فى الاعتبار امكانية أن يثير مشروع معين مسائل لم تكن متوقعة عند إعداد الوثائق الموحدة أو أن يقتضى المشروع حلولا معينة قد تتعارض مع الشروط الموحدة.[2]ومن الصعوبات التي تواجه الوثائق الموحدة أيضا وجوب موافقة البنوك المقرضة على بنود التعاقد، حيث يعنيها التعديلات التشريعية التالية على إبرامه، والمخاطر السياسية، والقوانين الضريبية والضمانات التي تمنح للمقرضين.[3]

المرحلة الثالثة :- مرحلة التأهيل

يجري العمل علي المستوي الدولي ، على الدعوى لتقديم سابقة الأعمال في تنفيذ هذا النوع من المشروعات . ويتم انتقاء العروض واستبعاد غير الجاد منها والتي لا تتفق كفاءتها الفنية ،أو المالية ،أو البشرية، مع طبيعة المشروع المعروض[4] . ومن الجوانب الهامة فى هذا الصدد ، والتى ينبغى على السلطة المتعاقدة أن تأخذها بعين الاعتبار، الملاءة المالية للمتقدم للعطاء والعوائد المالية المأمول تحققها من إدارة المشروع وتحديد الحد الأدنى من رأس المال المقدم من الشركات أعضاء الكونسرتيوم، وجودة الخدمة المقدمة من شركة المشروع مقارنة بالمشروعات النظيرة، وعادة ما تسعى السلطة المتعاقدة إلى التأكد من توافر الخبرة فى المشغل وارتفاع نسبة مشاركته فى رأس مال شركة المشروع، ويتحقق ذلك إذا كأن المشغل شركة دولية النشاط، مما يسهل حصولها على

---

1 Zallam Abdul karim, Op.cit, p.140:142.

2 دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص٨٢ وما بعدها.

3 Zallam Abdul karim, Op.cit, p.142.

4 Abd el Baki Samy, Op.cit, p.275.

التمويل اللازم لاقامة المشروع.[1]

وبانتهاء هذه المرحلة يتم دعوة المتنافسين المؤهلين لتقديم عروضهم النهائية. ومزية هذا الاجراء تتمثل في مساعدة السلطة المختصة علي اختيار أفضل العروض، مع اختصار الوقت مما يقلل من نفقات الاختيار ،وقصر المنافسة علي الشركات العملاقة القادرة علي تنفيذ المشروع.[2]

المرحلة الرابعة : تقديم العروض المالية والفنية والتعاقدية:-

تقوم الشركات المتنافسة بهذه المرحلة الأولية بتقديم عروضهم المالية والفنية والتعاقدية وكثيرا ما يقوم فى هذه المرحلة عدد من هذه الشركات بتكوين كونسرتيوم تعاقدى يضم أكثر من شركة من الشركات المتخصصة فى وأعمال المقاولات ، كما يضم بعض جهات التمويل ، وتتعاقد هذه الشركات فيما بينها على تنظيم علاقاتها القانونية وتعيين التزاماتها فى مرحلة التحضير للعطاء ، ويتعهد الأطراف بتكوين شركة فى حالة رسو العطاء عليهم للبدء فى تشغيل المشروع.[3]

وتتبنى العديد من الأنظمة القانونية اسلوب تقديم العروض على مرحلتين :

ففى المرحلة الأولى ، يتقدم مقدمو العطاء بالعرض الفنى وفى حالة قبوله، تبدأ المرحلة الثانية بالنظر فى العرض المالى. أما فى حالة رفض الأول لا ينظر فى الأخير.وهذا الأسلوب أخذ به عند خصخصة مرفق المياه فى بوينس ايرس ، حيث قدمت اربع عروض استبعد احدها لعدم وجود افكار مبتكرة لعلاج المشكلات التى تعوق تنفيذ المشروع ، بينما قبل العرض الذى تضمن اقل سعر خدمة للجمهور.[4] كما يتعين أن يتضمن العرض الفنى طريقة إدارة للمنشأة وتكاليف الإدارة ونظام الصيانة وتكلفته

---

[1] Kerf .M, Concession for infrastructure, wp.399, march 1998.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.276.

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص٨٢ .

[4] Kerf, Op.cit .p.76.

وكذلك الاجراءات المتخذة للحفاظ على البيئة، أما العرض المالى فيبين فيه دراسات جدوى المشروع ، وقيمة الرسوم أو مقابل تقديم الخدمة التى تستأديها الشركة من جمهور المنتفعين ، مدة تنفيذ اعمال الأنشاء ومدة الترخيص ، والعمر الاقتصادى للمنشأة ، وتخفيض سعر المنتج فى الأحوال التى تبلغ أرباح الشركة القدر المأمول من المشروع قبل انتهاء مدة الاتفاق[1].

وينبغى أن تتضمن المعلومات المقدمة من الشركات المتنافسة معلومات عن الكونسرتيوم ككل ، وكذلك المعلومات المتعلقة بكل مشارك فيه على حدة بقصد تيسير الاتصال مع السلطة المتعاقدة . ومن المفيد عموما أن تشترط السلطة المتعاقدة أن يقدم أعضاء الكونسرتيوم مقدمي العروض تعهدا بالتكامل والتضامن فيما بينهم بالالتزامات التى تضمنها اتفاق المشروع، أو أن تشترط فى مرحلة لاحقة لنفسها بالحق فى أن ينشىء الكونسرتيوم الذى وقع عليه الاختيار كيانا قانونيا لتنفيذ المشروع.[2]

المرحلة الخامسة : تقييم العطاءات واختيار الكونسرتيوم المعنى :-

- خلافا لما هو مقرر فى العقود التقليدية فأن لعقود (boot) خصوصية توجب ضمان تشجيع المستثمرين الجادين ذوى الكفاءة والخبرة فى التقدم بعطاءاتهم لاختيار أفضل العروض.وعليه فأن المفاضلة بين العروض المختلفة لا تقتصر على عنصر السعر والكفاءة الفنية فحسب ، بل يدخل أيضا فى عناصر التقييم توفير النقد الأجنبى ، ومدى الاستعانة بالعمالة الوطنية ، وكذلك كفاءة وخبرة شركة المشروع فى تنفيذ مثل هذه المشروعات.[3]

- كما يؤخذ فى الاعتبار، كذلك، عند المفاضلة بين العروض المقدمة ، اعتبارات الأمن والدفاع الوطنيين وكذلك تأثير المشروع على مركز ميزان

---

[1] Unido BOT guide lines. p.117.

[2] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص٨٥ .

[3] Unido bot guide lines, Op.cit. p.25.

المدفوعات واحتياطى العملات الأجنبية، وكذا احتمالات التنمية الاقتصادية التى يحققها المشروع من جذب الاستثمار المحلى والأجنبى.[1]

ولقد ، جرى العمل الدولى ، عند المفاضلة بين العطاءات، على الأخذ فى الاعتبار بشروط منح القروض اللازمة لتنفيذ المشروع ، ونقل التكنولوجيا ومدى تمشى المنشأة مع المواصفات التقنية العالمية ، ومدى كفاءة التشغيل لتقديم الخدمة بالمستوى الفنى المطلوب وملاءة شركة المشروع.[2] فإذا توسل المتقدم للعطاء بطريق الغش لاخفاء حقيقة ملاءته أو جدارته الإئتمانية مما دفع السلطة المتعاقدة إلى ابرام العقد كان لها حق إبطال العقد .

ومن قبيل ذلك قضية شركة ماليكورب رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ ق: حيث أقام وزير الطيران المدنى دعوى أمام محكمة القضاء الادارى باعتباره الممثل القانونى للهيئة المصرية العامة للطيران المدنى قائلا أن الهيئة قامت بالإعلان عن مناقصة عالمية لأنشاء وإدارة واستغلال مطار رأس سدر وفقا لنظام bot لفترة معينة يتم بعدها اعادة المطار للمدعى بصفته.

تقدمت الشركة المدعى عليها بعطائها الذى تضمن على خلاف الحقيقة أن رأسمالها يبلغ مائة مليون جنيه استرلينى مما حمل الهيئة على تزكية عطائها.

وبتاريخ ٤/ ١١ /٢٠٠٠ تم توقيع عقد الامتياز لأنشاء وتشغيل واستغلال واعادة مطار رأس سدر وفقا لنظام bot.

وبتاريخ ١٧/ ١ /٢٠٠١ تقدمت الشركة المدعى عليها بطلب تأسيس شركة مساهمة مصرية لإنشاء وتشغيل وإدارة المطار تنفيذا لبنود العقد.ونظرا لأن طالب الترخيص من غير المصريين فقد تم اخطار جهات

---

[1] محمد ماجد محمود ، دور القواعد الدولية الحديثة فى المناقصات والمزايدات فى الدول النامية ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٧ ، ص٣٨٠ .

[2] Unido bot guide lines. Op.cit. p.101

الأمن المختصة والتى أفادت بعدم الموافقة على تأسيس الشركة.

وحين تكشف للمدعى أن الشركة المدعى عليها قد أدخلت الغش على الهيئة المذكورة حال تعاقدها معها والمتمثل فى الجدارة الائتمانية للشركة حال تعاقدها معها، وأن القدرة المالية للشركة لا تتعدى جنيهين استرلينى، فتم مصادرة التأمين واتخاذ اجراءات فسخ العقد المبرم معها.

غير أن الشركة المدعى عليها سارعت بإقامة دعوى تحكيمية أمام مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى ضد الحكومة المصرية بطلب التعويض وقدره خمسمائة وثمانية مليون دولار (٥٠٨ مليون دولار) عن الأضرار الناشئة عن الفسخ فقضت المحكمة بتاريخ ١٩/ ٢ /٢٠٠٦ ببطلان شرط التحكيم الوارد بعقد الامتياز المبرم مع الشركة المدعى عليها.

وبتاريخ ٤/١١ /٢٠٠٠ مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها وقف الاجراءات التحكيمية.[1]

– وأخيرا، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار المقابل الذى يستأديه المستثمر لتقديم الخدمات لجمهور المستهلكين ، أو المقابل المقترح لشراء الخدمة من جهة الإدارة فى عقدها معه بالنسبة لعقود شراء الخدمة ، ومقدار الدعم المالى المطلوب منها ، وتدابير ضمان استمرار أداء الخدمة واطرادها ، وكفاءة التشغيل واستخدام العمالة الوطنية وحجم المكون المحلى فى تنفيذ المنشاة.[2]

اختيار المتعاقد فى ظل القانون المصرى ومدى الخضوع لقانون المناقصات والمزايدات:

فى مصر ، قضت القوانين أرقام ١ لسنة ١٩٩٦ بشأن الموانئ التخصصية المعدل بالقانون ٢٢ لسنة ١٩٩٨، والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة١٩٧٦ بإنشاء هيئة

---

[1] حكم محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ١٨٦٢٨ ، ٥٩ ق ، جلسة ١٩/ ٢ /٢٠٠٦.

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنيه الاساسيه الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٣٣ وهامش ص١٣٤ .

كهرباء مصر ، والقانون ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة ،والقانون ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول على أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

وارتأت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أن المشرع قد وضع ضابطا لمسألة اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة ألا وهو المنافسة والعلانية ،وأن اتباع أحكام المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة١٩٩٨ هو السبيل الذي يوفر المصلحة العامة علي هدي أطر المنافسة والعلانية.[1]

ونري أن ما انتهي اليه الاتجاه الذي يذهب الي التزام جهة الإدارة باتباع قانون المناقصات والمزايدات ،وأنه السبيل الي اختيار المتعاقد معها، محل نظر، للأسباب التالية:

أولا : فسرت الجمعية العمومية مصطلح المنافسة والعلانية المنصوص عليهما بصدر المادة الثانية من القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة١٩٦٨ بشأن الطرق العامة بأنه غاية لا تتحقق إلا بالالتجاء إلي أسلوب المناقصات والمزايدات . وهو تفسير لا تحتمله عبارات النص ، من ناحية، ولا يتفق مع قصد الشارع من ناحية أخرى، الذي لو شاء لاستبدل تعبير المناقصات والمزايدات بعبارة المنافسة والعلانية.ويبدو لنا أن الجمعية العمومية ارتأت الأخذ بهذا المنحي لحماية المصلحة العامة.

ثانيا: أن عقود (boot) ، وهي عقود مركبة في الغالب الأعم، تتعلق بثروات طابعها الندرة، وحساسية مساسها بالصالح العام، وتحتاج الي قدر

---

[1] أنظر الملف رقم١٠٠ / ٢ / ١٤ من فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة ،بتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٧ .

كبير من التخصص والكفاءة الفنية. وهو ما لايكفي لحسن الاختيار أن يكون لنظام المناقصات والمزايدات دور فاعل في اختيار المتعاقد . ولعل هذا هو ما دفع المشرع الي منح جهة الإدارة قدرا من المرونة حين عبر عن ذلك بوجوب الاختيار وفقا لقواعد المنافسة والعلانية[1].

ويري آخرون [2] أن القوانين الصادرة بتعديل القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧بشأن التزامات المرافق العامة ، والقانون رقم٦١ لسنة١٩٥٨ بشأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز لم تنص صراحة علي تطبيق القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات علي ابرام عقود (boot) . وأن ما جاء بالمادة الأولى بالقانون رقم ٣ لسنة١٩٩٧، في شأن منح التزام المرافق العامة لانشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول هو فقط أن يتم اختيار الملتزم في اطار من المنافسة والعلانية ، وعليه فان العمل لا يسير علي وتيرة واحدة ، وأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في هذا الشأن.

أسس اختيار المتعاقد مع الإدارة :

يتعين لدى اختيار المتعاقد مع الإدارة أن يتم وضع اجراءات تكفل تحقيق الاهداف الاساسية التالية : الاقتصاد والكفاءة ، وتعزيز الثقة فى عملية الاختيار ، ووضوح القوانين والإجراءات التى تنظم اختيار صاحب الامتياز.

ويقصد بالاقتصاد أن يكون صاحب الامتياز المختار قادرا على تنفيذ الاشغال ، وتقديم الخدمات النوعية المرغوب فيها بأفضل سعر ، وأن يكون اختياره بأدنى حد من الأعباء الادارية وبتكلفة معقولة بالنسبة إلى

---

[1] هاني سري الدين التنظيم القانوني والتعاقدي لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (boot) ،مرجع سابق ،ص١٣٣ وهامش ص١٣٤

[2] جابر جاد نصار ،عقود bot والتطور الحديث لعقد الالتزام ،دار النهضة العربية،طبعة ٢٠٠٢ ،ص١١١ وما بعدها.

السلطة المتعاقدة ومقدمى العروض.[1]

كما يتعين أن تكون قواعد اختيار صاحب الامتياز على نحو يضمن نزاهة العملية والثقة فيها وهو مالن يتحقق الا مع وضوح قواعد الاختيار واجراءاته ، مع توفير إجراءات إدارية وقضائية لاعادة النظر فى القرارات التى تتخذها السلطات المعنية باجراءات الاختيار.[2]

سريان العقد :

الملاحظ على الممارسات العملية فى شأن عقود تمويل البنية التحتية أن سريان العقد لا يخلو من أحد فرضين : الأول، أن يتفق أطراف اتفاق المشروع علي سريان العقد بالتوقيع عليه، والثاني ،أن يعلق تنفيذ العقد علي الحصول علي التصديقات من الجهات المعنية.

ففي الفرض الأول، يفترض نجاح السلطة المتعاقدة وشركة المشروع في الحصول علي التراخيص أو الموافقات الحكومية اللازمة لتنفيذ المشروع قبل التوقيع علي العقد [3]. وقد أخذ بهذا الاسلوب في عقد انشاء وتشغيل واعادة مطار رأس سدر حيث نصت المادة ١٤ علي "يعتبر هذا العقد ساريا من تاريخ توقيعه من الطرفين"[4].

أما الفرض الثاني فيكون تنفيذ العقد معلقا علي شرط واقف كموافقة بعض الجهات الادارية في الدولة[5] أو رعاة المشروع ،كالحصول علي موافقة مؤسسات التمويل بمنح القروض لتمويل المشروع مثلا[6].

---

[1] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص٧٤ .

[2] دليل اليونيسترال ، مرجع سابق ،ص٧٦ .

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.286.

[4] أنظر اتفاق منح امتياز بناء وتشغيل ونقل ملكية مطار رأس سدر بنظام BOT، مشار اليه في الوقائع المصرية العدد٢٦٤ تابع ب،مرجع سابق.

[5] وعلى سبيل المثال، فأن سريان اتفاق المشروع في فيتنام معلق على موافقة وزير الاستثمار، راجع في هذا الخصوص Zallam Abdul karim, Op.cit, p.162

[6] Abd EL BAKI Samy, Op.cit, p.286.

الفصل الثاني

النطاق الموضوعى لاتفاق الترخيص

مقدمة

تلتزم السلطه المتعاقدة باختيار المشروع وتحديد مواصفاته، واستصدار التراخيص والموافقات اللازمة، وتبسيط الاجراءات الادارية[١] ، وتقديم الأرض المقام عليها المشروع[٢] وأخيرا تمكين شركة المشروع من استعمال واستغلال المشروع وفق الغرض المتفق عليه في العقد[٣] .

بينما تلتزم شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لتنفيذ المشروع،فضلا عن القيام بإنشاء المشروع وتشغيله وأخيرا نقل ملكيته عند نهاية مدة الامتياز إلى السلطة المتعاقدة.

وتمويل المشروع ليس تمويلا نقديا بل عينيا ، يتمثل في تقديم الخدمة التي تتكون من عناصر تتخذ شكل المعرفة، والخبرة، والتكنولوجيا المستخدمة في إنشاء المشروع، والقدرة الانشائية، والدراية الفنية بكل جوانبها، ومن ثم تطوير وتحسين أداء الخدمة، وتحقيق الكفاءة في الإدارة والتشغيل والصيانة الوقائية والعلاجية لهذه المشروعات،و أخيرا نقل الملكيه. [٤]

على ضوء ما سبق سينقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: التزامات السلطة المتعاقدة.

المبحث الثاني: التزامات شركة المشروع.

---

[1] Unido BOT guide lines, Op.cit, p.56.

[2] Unido BOT guide lines, Op.cit, p. 61.

[3] ماهر محمد حامد،مرجع سابق ، صـ ٢٩٩.

[4] قارب مصطفى رشدي شيحا، مرجع سابق، صـ ٣٩؛ وكذا محسن أحمد الخضيري، مرجع سابق، صـ ٣٥ وما بعدها.

المبحث الأول
التزامات السلطة المتعاقدة

تجمل هذه الالتزامات فى تبسيط الاجراءات الادارية واستصدار التراخيص والموافقات، وتسليم الأرض التى سيقام عليها المشروع، وأخيرا تمكين شركة المشروع من الانتفاع بالمشروع طوال فترة الترخيص. وسنخصص لكل مطلبا مستقلا.

المطلب الأول
تبسيط الاجراءات الادارية واستصدار التراخيص والموافقات اللازمة

من المفيد أن تتولى الجهات الادارية التعامل مع الاستثمار الاجنبى بقدر كبير من التنسيق والتبسيط.

فعلى سبيل المثال ، قامت مصر بإنشاء مراكز تعامل مع الاستثمارات الاجنبية من مرحلة واحدة تحت رعاية هيئة الاستثمار لتسهيل الإجراءات اللازمة وتهيئة المناخ اللازم لجذب الاستثمارات عند التعاقد بنظام boot تشجيعا للاستثمار .[1]

ومن ذلك ، قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٩ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ٢٠٠٢/٤/١٥ فى شأن تنظيم خدمات الاستثمار حين عهد بتقديم كافة خدمات الاستثمار من خلال نافذة واحدة تسمى " مجمع خدمات الاستثمار " ينشأ بالهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة، ويكون له فروع بالمحافظات والمدن العمرانية الجديدة. ويتم تقديم هذه الخدمات فى مكان واحد تشترك فيه سائر الوزارات المنوط بها "ذلك طبقا للقوانين والقرارات المنظمة"

---

[1] ماهر محمد حامد ، النظام القانونى لعقد (البوت) BOT ، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٤ ، ص٢٩٦ .

لاختصاصها تحت إشراف الهيئه دون غيرها. [١]

كما أن اقامة المشروع وتشغيله تحتاج إلى استصدار تراخيص وموافقات حكومية متعددة .

والأصل أن عبء الحصول على هذه التراخيص يقع على عاتق شركة المشروع. ومع ذلك يتم الاتفاق فى غالب الاحوال على التزام جهة الإدارة أو الشركة التابعة لها بتقديم العون لشركة المشروع للحصول على الموافقات اللازمة وهو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. [٢]

وللحد من مخاطر عدم الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة ينص فى اتفاق المشروع على التزام السلطة المتعاقدة باستخراج ما يلزم من تراخيص على نفقتها، و الحصول على الموافقات اللازمة،والتعامل مع السلطات المحلية بشأن ما يتطلبه القانون الوطني من شروط تتعلق به، وتقديم المساعدات اللازمة لدخول الأجانب واقامتهم، ورخص استيراد المعدات واللوازم ورخص التشييد ورسوم التسجيل والختم باستخدام الاراضى وامتلاكها. [٣]

فإذا أخلت السلطة المتعاقدة بواجباتها جاز الحكم عليها بغرامة تهديدية لحملها على تنفيذ التزامها وكما يحق للشركة أن تطلب فسخ العقد لإخلال المتعاقد معها بالتزامه مع التعويض عما قد يصيبها من ضرر بعد اعذاره[٤].

---

1 الجريدة الرسمية ، العدد رقم ١٥ مكرر فى ١٥/ ٤ /٢٠٠٢ .

2 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكيةBOOT، ص١١٦.

3 ماهر محمد حامد ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ ؛ وكذا دليل اليونيسترال التشريعى ، مرجع سابق ، ص٣٥ .

4 محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٦٢ ، ص ١١٥ وما بعدها .

المطلب الثاني
تسليم الارض المقام عليها المشروع

تلتزم السلطة المتعاقدة بالقيام بما هو ضـــروري لتمكـــين شـــركة المشروع من تنفيذ العمل المتفق عليه ويشمل ذلك التزامها بتـــسليم موقـــع المشروع خاليا حتى تتمكن الاخيرة من الوفاء بالتزاماتها فى الموعد المتفق عليه فى العقد.[1]

وتشير العقود المختلفة المبرمة في مـــصر، إلـــى التـــزام الـــسلطة المتعاقدة بتمكين شركة المشروع من سيطرتها على الأرض ماديا وقانونيا.

ومثال ذلك ما جاء بعقد ميناء دمياط البحري من أن " يلتزم الطرف الأول بتسليم الأرض خالية من أية معدات أو منشآت، ويضمن ... خلوها من أية حقوق عينية قد تترتب للغير أو رهن أو حجز أو غيره"[2].

ويدق الأمر عندما تكون الأرض المقرر إقامة المشروع عليها غير مملوكة للسلطة المتعاقدة مما يدفعها إلى الدخول فى مفاوضات مع مالكيها تزيد معها التكلفة ويتأخر بها التنفيذ،وهو ما ينعكس بالضرر على الـــسلطة المتعاقدة الذى قد يدفعها إما إلى شراء الأرض أو استخدام صلاحيتها فـــى نزع ملكيتها للمنفعة العامة.

وينص في اتفاقات المشروع على التزامات كل من السلطة المتعاقدة وشركة المشروع فيما يتعلق بتكاليف اكتساب الأخيرة ملكية الأرض، ويشار في هذا الصدد إلى أن القانون الفيتنامي أخذ بمبدأ تعويض السلطة المتعاقدة ملاك الأرض عند نزع ملكيتها على ان تعتبر المبالغ التي دفعتها جزءا من

---

1 ماهر محمد حامد ، مرجع سابق ، ص٢٩٨ وما بعدها.

2 الجريدة الرسمية ، العدد ١٤، ٥ ابريل ٢٠٠١، بشأن منح التزام وتشغيل واعادة تسليم رصيف بحرى بترولى متخصص بميناء دمياط بنظام B . O .T. للشركة الاســبانية المــصرية للغــاز سيجاس تحت التاسيس شركة مساهمة مصرية بنظام المناطق الحرة الخاصة، صـــ ٤٩٤.

تمويل المشروع.[1]

وقد يقتضى الأمر احتياج شركة المشروع المرور فـوق أو عبـر عقار يملكه الغير للوصول إلى المشروع أو تنفيذ - أو مواصلة - أعمـال يقتضيها توفير الخدمة المطلوبة أو اقامة اعمدة أو مد اسلاك لنقل الكهرباء فوق تلك الارض ، وفي هذه الحالة يقع على عاتق السلطة المتعاقدة واجب الحصول على حقوق الارتفاق مباشرة من مالكى العقارات بـالتزامن مـع تسليم موقع المشروع . وثمة بديل آخر وهو أن يخـول القـانون لـشركة المشروع حق دخول عقار يملكه الغير ، أو المرور عبره أو تنفيذ أشغال أو تركيب معدات حسبما يقتضيه المشروع.[2]

المطلب الثالث

تمكين شركة المشروع من استغلال المشروع

تلتزم السلطة العامة بتمكين شركة المشروع من تشغيل المـشروع واستغلاله عن طريق تقاضى رسم مقابل الانتفاع من المنتفعين أو ثمن بيع المنتج من الدولة.[3]

ومن أجل تمكين شركة المشروع من تحصيل العائد تضمن السلطة المتعاقدة عدم التعاقد مع مستثمر آخر لتنفيذ مشروع نظير للمشروع المنتوى تنفيذه، وقد تتعهد بعدم منافسة جهة أخرى لها، فعلى سبيل المثال إذا كـان المرفق طريقا عاما تتعهد السلطة المتعاقدة بعدم إنشاء طريق آخـر مقابـل تحصيل رسوم أو بالمجان.[4]

وتضمن السلطة المتعاقدة لشركة المشروع التعرض الصادر منهـا سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا، كما تضمن التعرض الصادر من الغير

---

[1] Zallam Abdul karim, Op.cit, p. 145.

[2] دليل اليونيسترال التشريعى ، مرجع سابق ،ص ١٣٢ .

[3] ماهر محمد حامد ، مرجع سابق ، ص٢٩٩ .

[4] Zallam Abdul karim, Op.cit, p.157 et s.

إذا كان التعرض ميناه سبب قانونى شرط ان يقع التعرض فعلا ، ويستوى أن يستند التعرض إلى حق شخصى أو عينى يدعيه على الضامن ويكون سابقا على التصرف أو لاحق عليه إذا كان مستمدا من الضامن[1]. وهى الأحكام المستمدة من القواعد العامة فى القانون المدنى التى تقضى بأن ضمان التعرض يشمل كل عقد ناقل للملكية أو ينقل الحيازة أو الانتفاع عملا بالمادة ٤٣٩ مدنى مصرى.[2]

وقد قضت المادة الخامسة (و) من الاتفاق المبرم بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع في عقد ميناء دمياط بالتزام هيئة ميناء دمياط بالحفاظ على حسن سير تشغيل وصيانة المشروع ومسئوليتها عن أفعال الغير التي تعوق تشغيل المشروع،[3] وهذا النص يغطي مسئولية السلطة المتعاقدة إذا كان التعرض ماديا.

المطلب الرابع
الالتزام بالمحافظة على السرية

يتيح عقد boot انتقال الحق في استغلال التكنولوجيا، بما يترتب على ذلك اقتسام للسوق والأرباح التي تنتج عن استغلال التكنولوجيا بين مالكها ومتلقيها(السلطة المتعاقدة). بما يعني فقدان مالك التكنولوجيا، ولو جزئيا، للميزة الأساسية التي يعطيها له الاحتكار التكنولوجي[4]. وهو ما يثير وجوب حماية مالك التكنولوجيا ، والذي يتمتع بميزة احتكارية ، وذلك بإلزام السلطة المتعاقدة بالمحافظة على السرية ومنع أى طرف من اطراف الاتفاق من الكشف عن المعلومات والبيانات إلى الغير أو استخدامها من قبل

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء الرابع المجلد الأول، البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، طبعة ١٩٦٠ صـ ٦٤٠ وما بعدها.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء الرابع المجلد الأول، صـ ٦٣٢.

[3] الجريدة الرسمية – العدد ١٤ في ٥ ابريل سنة ٢٠٠١، صـ ٥٠١.

[4] حسام عيسى، مرجع سابق، صـ ٣٢٤.

أى من المساهمين لحسابه الشخصى دون إذن مسبق من صاحب هذه المعلومات، وتظهر أهمية هذه النصوص فى الحالات التى لا تندرج فيها هذه المعلومات ضمن حقوق الملكية الفكرية بطبيعتها، كما لو تعلق الأمر بمعارف فنية know - how، ومن ثم لا تكون – بحسب الاصل – محلا للحماية القانونية.[1]

ولتحقيق الفعالية لحماية هذا الحق يتعين النص تفصيلا على طبيعة ونطاق الحق الذي يتم نقله أو يرخص باستعماله، ومدى احقية السلطة المتعاقدة فى تملك التجديدات التى قد تطرأ على التكنولوجيا المستخدمة طوال حياة المشروع.[2]

المبحث الثاني

التزامات شركة المشروع

تبدأ التزامات شركة المشروع منذ بدء مرحلة التشييد مرورا بمرحلة التشغيل وانتهاء بنقل الملكية ، وسنخصص لكل من هذه المراحل الثلاث مطلبا مستقلا.

المطلب الأول

التزامات شركة المشروع في مرحلة التشييد

تلتزم شركة المشروع في مرحلة التشييد بأن تقوم بتنفيذ المنشآت طبقا للمواصفات المتفق عليها على نفقتها الخاصة. وغالبا ما يتم التنفيذ باستخدام عقود التصميم والبناء وتسليم المفتاح Design, Build, and Turnkey عند تشييد المنشآة.[3]

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص١١٨ .

[2] Campbell Nigel, Op.cit, p.3029.

[3] جمال الدين نصار، عقد التشيد في المشروعات بنظام البوت/ البووت، مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، اكتوبر ٢٠٠٠، صـ ١١٣ ومابعدها.

ويعرف عقد تسليم المفتاح بأنه العقد الذي بمقتضاه يلتزم الطرف المتعاقد مع الدولة بإقامة المنشأة أو مرفق البنية التحتية وتشغيلها بغرض تقديم السلعة أو الخدمة.[١]

فالتزام شركة المشروع بوضع تصميم للمشروع وإنجازه وإدارته هو التزام بتحقيق نتيجة، ألا وهي تقديم الخدمة لجمهور المنتفعين ، كما يفترض تقديمها لمجموعة من الأداءات المادية وغير المادية التي من الممكن أن تشكل آليات لنقل التكنولوجيا.[٢]

ويقصد بالتكنولوجيا، في هذا الصدد، مجموعة المعارف والخبرات والمهارات اللازمة للتخطيط والتصميم والتنفيذ وإدارة المنشآت، ومن ثم فإن الالتزام بنقل التكنولوجيا في هذا النظام التعاقدي هو التزام مركب، لأنه لا يقتصر على توريد الخدمات والمعدات وعمليات الانتاج فحسب، بل يتضمن أيضا الالتزام بإقامة منشأة ذات كفاءة خاصة لتقديم الخدمة بالمستوى المطلوب.[٣]

فالالتزام بتشييد المنشآة يسمح للسلطة المتعاقدة الحصول على التكنولوجيا من خلال عدد من الآليات، منها:-

- **نقل التكنولوجيا بالاستعانة بالشركات الأجنبية:-**

قد يتولى تنفيذ المشروع مستثمر أجنبي، ومن أجل ضمان أن تكون السلعة أو الخدمة المقدمة متفقة مع المواصفات الفنية والتقنية المطلوبة يسعي المستثمر إلى تقديم طريقة الصنع والمعرفة الفنية اللازمة لتشييد

---

[1] احمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية bot في مجال العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، صـ ٢٥٩.

[2] انس السيد عطيه، ضمانات نقل التكنولوجيا للدول النامية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس،١٩٩٦، صـ ٢٥١.

[3] Unido BOT Guidelines. p.75.

المشروع للمقاولين من الباطن والموردين.[1]

وقد جرت العادة على ان تختار السلطة المتعاقدة التكنولوجيا التي يتم الاستعانة بها في تنفيذ المشروع، وذلك بالنص في وثائق العطاء على مواصفاتها. وعادة ما تستخدم تكنولوجيا سابقة الاستخدام والتجربة في مشروعات أخرى. وتفضل السلطة المتعاقدة نوع التكنولوجيا التي تنسجم مع المدخلات الوطنية – بما يقلل من الحاجة إلى الاستيراد– عند تنفيذ المشروع. ولذلك فإن التكنولوجيا الأكثر تقدما ليست دائما هى الملائمة لمصلحة المشروع، والأخذ بهذه المعايير إضافة إلى ما تقدم يطمئن مؤسسات التمويل لدى تقديم القروض فى مرحلة الإنشاء.[2]

وبطبيعة الحال، فإن مقدم التكنولوجيا سيسعي الي منع المتلقي من تطوير التكنولوجيا لتتلاءم مع ظروفه واحتياجاته ويتحقق ذلك بوضع العديد من الشروط المقيدة بعقد نقل التكنولوجيا كحظر ادخال تحسينات أو تعديلات علي التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية ،وكذلك حظر حصول متلقي التكنولوجيا علي أخري مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا المستخدمة في المشروع، فتطويع التكنولوجيا قد يؤدي إلي استبدال المواد الأولية ومكونات الانتاج المتوافرة محليا بتلك التي يستخدمها مقدم التكنولوجيا ،فمثل هذه الشروط تعني ، من ناحية ، حرمان الطرف المتلقي من إمكانية الاكتساب الفعلي للتمكن التكنولوجي ،ومن ناحية أخري قد يعمد مقدم التكنولوجيا الي تقييد حرية متلقي التكنولوجيا بحرمانه من إجراء البحث والتطوير ليظل أسيرا في الحاضر والمستقبل للتكنولوجيا التي يقدمها له.[3]

---

1 Zallam Abdul karim, les contrats internationaux de construction, exploitation, Transfert, these, Paris 2, p.212.

2 UNIDO BOT guide lines, Op.cit, p.78 et s.

3 حسام عيسي ، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليا ت القانونية للتبعية الدولية ،دار المستقبل العربي ،طبعة ١٩٨٧ ،ص٣٧٤ وما بعدها.

وتحسبا لمثل تلك الشروط ، راعى المشرع المصرى مصلحة مستورد التكنولوجيا ، فأجاز فى صدر المادة ٧٥ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ابطال الشروط التى تحظر ادخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية وكذلك حصول شركة المشروع على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا المستخدمة فى المشروع . فهذه الشروط فى الواقع تضيع الهدف الذي يتغياه متلقى التكنولوجيا وهو استخدام التكنولوجيا بما يتلاءم والظروف البيئية والاقتصادية للدولة.[١]

ومع طول مدة تشغيل المنشأة تطرأ صور أكثر تطورا للتكنولوجيا المستخدمة وهو ما يعني ضرورة مواكبة المنشآة لهذه التطورات، ويتم ذلك بالاتفاق على نقل التحسينات(Communication des Améliorations) والتعديلات التي تطرأ على التكنولوجيا المستخدمة في تنفيذ المشروع.

ومؤدى هذا الالتزام، نقل أية تحسينات تم ادخالها على التكنولوجيا المستخدمة في تنفيذ المشروع ويأخذ هذا الالتزام العديد من الأوصاف؛ فقد يكون على نحو تبادلي أو غير تبادلي، وقد يتم على نحو قصري أو غير قصري وقد يتخذ شكلا إلزاميا أو اختياريا، وقد يقترن بدفع مقابل أو قد يتم بالمجان، وقد يكون مؤقتا أو مؤبدا، مطلقا أو نسبيا.

ويعني الالتزام التبادلي ،تعهد كل طرف بنقل التحسينات والتعديلات التي يدخلها على التكنولوجيا محل العقد للطرف الآخر.

أما الالتزام غير التبادلي فيعني، عدم التزام شركة المشروع بنقل التحسينات؛ وعادة ما يكون هذا الالتزام غير تبادلي إذا ما كان المشروع مقاما في دولة نامية ويطلق على هذا الوضع الترخيص العكسي.[٢]

---

[1] سميحة القليوبى ، شرح قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، دار النهضه العربية ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص٣٢٥ .

[2] يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا،١٩٨٧،ص٢٣٢ ومابعدها.

يعني الالتزام القصري، التزام أحد طرفي العقد بنقل التحسينات إلى الطرف الآخر وحده دون غيره. أما في ظل الالتزام غير القصري، فيظـل لهـذا الطرف الحرية في نقل التحسينات التي توصل إليها إلى الغير.

وقد يكون الالتزام بنقل التحسينات مؤقتا بمدة معينة،كما قد يكـون مؤبدا فلا ينقضي الالتزام بنقل التحسينات إلا بانتهـاء اسـتعمال المنـتج وزواله.

ويكون الالتزام بنقل التحسينات نسبيا،حينما يكون مقـصورا علـى التحسينات التي توصل إليها أحد طرفي العقد بنفسه،ويكون مطلقا حينما يمتد للتحسينات التي يتحصل عليها من طرف ثالث.

وقد يكون الالتزام بنقل التحسينات بمقابل وإن كان الأصل العام أن الالتزام بنقل التحسينات يتم بالمجان.[١]

تلك هي الأوصاف التي يتخذها الإلتزام بنقل التحـسينات،ونعرض فيما يلي لموقف المشرع المصري من الالتزام بنقل التحسينات، ثم تقـدير موقف المشرع.

الالتزام بنقل التحسينات في ظل قانون التجارة الجديد:-

من المزايا التي منحها المشرع لمتلقي التكنولوجيـا ، أنـه أجـاز لمستخدم التكنولوجيا استعمالها في مجالات غير المجالات المـذكورة فـي العقد. وتنصرف هذه المكنة ايضا إلى مرحلة ما بعـد التـشغيل وانتقـال الملكية، وكذلك بعد أن تفقد التكنولوجيا سريتها.[٢]

كما يجوز ابطال الشرط الذي يمنع تطوير التكنولوجيا المـستخدمة في المشروع، ويحد من نشاط البحث والتطوير، لما يطويه هذا الشرط من الحد من قدرة الشركة على اكتساب التكنولوجيا، إذ بغيـر نـشاط البحـث

---

[1] يوسف عبد الهادي الاكيابي ،مرجع سابق،ص٢٣٣ وما بعدها.

[2] جلال وفاء محمدين،الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا ،دار الجامعة الجديدة،٢٠٠١ ،ص١٠٧

والتطوير لن تتحقق جودة المنتج[1].

كما تجيز المادة ٧٥ من قانون التجارة آنفا إبطال الشرط الذي يلزم شركة المشروع بقبول التحسينات التي وردت على التكنولوجيا المستخدمة في تشييد المرفق أو تشغيله إذا كانت لا تريد الحصول عليها.

ويستلزم إعمال هذا النص أنَ تكون هذه التحسينات بمقابل، أما التحسينات التي يتم نقلها بالمجان فلا تبطل الشرط.[2]

ويجيز المشرع المصري ابطال الشرط الذي يحظر ادخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف المنشأة، وكذلك إبطال شرط الحصول على التكنولوجيا المماثلة أو المنافسة لتلك التي استخدمت في تشغيل المرفق، كما يجوز ابطال أي شرط يمنع شركة المشروع من استخدام تكنولوجيا مكملة من مصادر أخرى لكونه يقطع الطريق على تطويع التكنولوجيا وفقا للظروف المحلية، وبالذات وفقا لمكونات الانتاج التي تتوفر محليا مثل المواد الخام، بحيث يبقى المشروع معتمدا على ما تستورده الشركة من الخارج وبما يفضي إليه ذلك من زيادة النفقة غير المباشرة لانتقال التكنولوجيا.[3]

وأخيرا، يجيز المشرع شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة اللازمة لتشغيل المنشأة من أي مصدر تراه شركة المشروع مناسبا.[4]

تقدير موقف المشرع المصري من الالتزام بنقل التحسينات:-

يتضح مما تقدم أن المشرع المصرى ، وإن أجاز إبطال كل شرط يرد فى عقد نقل التكنولوجيا يكون من شأنه تقييد حرية المستورد فى

---

[1] سميحة القليوبي،شرح القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ،دار النهضة العربية ،طبعة٢٠٠٠ ،ص

[2] يوسف عبد الهادي الاكيابي ،مرجع سابق ،ص٢٣٥

[3] جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق،ص ١١٠: ١١٢.

[4] جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق،ص١١٦.

استخدامها أو تطويرها أو تصريف الانتاج أو الاعلان عنه[1] ،وأورد أمثلة على هذه القيود فى المادة ٧٥ من القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ بشأن قانون التجارة الجديد ، إلا أنه نكص عن ذلك حين أورد فى عجز المادة- سالفة الذكر- قيدين على التمسك بالبطلان:

وأولهما ألا يكون القيد قد ورد فى عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكى المنتج ، وثانيهما أن يكون هناك مصلحة جدية ومشروعة لمقدم التكنولوجيا.[2]

ويثور التساؤل ، في هذا المقام ، حول مدى التزام شركة المشروع بإطلاع السلطة المتعاقدة على طرق إدارة وتشغيل المرفق بعد انتقال الملكية إليها؟ فمثلا، إذا كان التزام شركة المشروع هو انتاج الطاقة الكهربائية، فهل ينضوي تحت هذا الالتزام الالتزام بإطلاع السلطة المتعاقدة على كيفية انتاج هذه الطاقة؟ والقيام بالصيانة في حالة تعطل المنشآة؟ وهذا ما سيتضح لنا عند العرض لالتزام شركة المشروع في مرحلة التشغيل.

المطلب الثاني
تشغيل المنشأة

بإتمام أعمال التشييد، تبدأ اطول مرحلة من مراحل المشروع هي مرحلة تشغيل المنشأة. وفي هذه المرحلة تبرم شركة المشروع عقد تشغيل وصيانة مع شركة التشغيل، وهي غالبا ما تكون عضوا في الكونسرتيوم، وتكون تلك الأخيرة مسئولة عن تشغيل وصيانة الأعمال، وللتشغيل أهمية كبرى لطرفي العقد، فهو يحقق للسلطة المتعاقدة الهدف من التعاقد ألا وهو تقديم الخدمة. كما أنه يحقق لشركة المشروع غايتها، وهي استرداد قيمة

---

[1] جلال وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص١١٠

[2] جلال وفاء محمدين ،مرجع سابق ،ص١٢١ وما بعدها

الاستثمار، وسداد ما عليها من ديون[١].

وتنحصر التزامات شركة المشروع في هذه المرحلة في تشغيل المنشأة، وصيانتها، وسنعرض لهذين الالتزامين كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

الالتزام بتشغيل المنشأة

تلتزم شركة المشروع بإدارة وتشغيل المرفق. وهي في هذا الصدد، تلتزم ببذل العناية اللازمة لتكون المنشأة في حالة صالحة للتشغيل طوال مدة العقد على نحو مستمر ومنتظم دون انقطاع.[٢]

كما تلتزم شركة المشروع بتقديم الخدمة بصورة مستمرة ودورية، وهذا الالتزام من الالتزامات الأساسية التي تتحملها شركة المشروع، وهو في بعض النظم القانونية واجب قانوني، وإن لم ينص عليه في العقد[٣]، ويتقرر للسلطة المتعاقدة الحق فى التفتيش الدورى على المنشأة للتأكد من أن عملية التشغيل تتم وفقا للقوانين واللوائح المطبقة شريطة ألا يؤدى ذلك إلى اضطراب، أو تعطل حسن سير التشغيل، الأمر الذي يؤدى في النهاية إلى زيادة تكاليف التشغيل.[٤]

ومع ذلك، يجوز لشركة المشروع أن تمتنع عن أداء التزامها بالتشغيل إذا أخلت السلطة العامة بالتزام مترتب عليه ومرتبط به.

فعلى سبيل المثال يجوز لشركة المشروع أن تمتنع عن أداء

---

[1] Zallam Abdul karim, Op.cit, p.191.

[2] اتفاق التزويد بالغاز،

Navotas II. dated 29 June 1992. build. operate, transfer "BOT" Project agreement.

مشار إليه في : http://www.findlaw.com

[3] دليل اليونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية، مرجع سابق، صـ ١٥٣.

[4] Zallam abdul karim. Op.cit. p.197.

الخدمة إذا أخلت السلطة العامة بتوريد المدخلات التي التزمت بتوريدها واللازمة لعملية التشغيل ، وهو حكم يتفق والقواعد العامة في القانون المدني المصري طبقا لنص المادة ٢٤٦/ ١ الذي يقضي بأن" لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا."[١]

وعملا على إقامة التوازن بين حقوق والتزامات طرفي الالتزام ، يحق لشركة المشروع الحصول على تعويض عادل عند اضطرارها إلى تقديم الخدمة إذا تغيرت الظروف الاقتصادية أو المالية بحيث تجعل الوفاء بالالتزام أكثر تكلفة مما كان متوقعا وقت الاتفاق.[٢]

كما تلتزم بتدريب العمالة على كيفية تشغيل المنشآة، وهي في هذا الصدد تلتزم باختيار العاملين الوطنيين وتزويدهم بالمعرفة اللازمة لتشغيل المنشآة، والتأكد من استيعاب العمالة لهذه المعرفة.[٣]

وقد تنص اتفاقات المشروع على نقل التكنولوجيا عن طريق الاستعانة بالعمالة الوطنية، من ذلك ما تضمنه أحد اتفاقات المشروع المبرمة في مصر التي تنص على أن "تفضل العروض التي تشتمل على الاستعانة بالخبرات الفنية والمالية والادارية من بين العاملين بالهيئة المصرية للطيران المدني، وتزداد هذه الأفضلية للعروض التي تتقدم بتشغيل أكبر عدد ممكن من العاملين طبقا للمعايير التي يتفق عليها، طبقا لدراسة

---

[1] راجع ، سليمان مرقص ، أحكام الالتزام ، صـ ٩٩ وما بعدها.

[2] دليل اليونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية، مرجع سابق، صـ ١٥٣ وما بعدها.

[3] هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ١٦٦، سبتمبر ٢٠٠٠، صـ ٧٥؛ وكذا
Merna Tony & Darrin Grimsey, "Operation & Maintenance", in A. Merna & N.J Smith (eds) Privately Financed Concession Contracts, 1996, p.194.

الجدوى وعند التعاقد".[1]

ويتم ذلك من خلال التدريب، والتدريب على نوعين:نظري،و عملي.

يؤدى التدريب النظري في صورة دروس تلقي على العاملين في أحد مراكز التدريب، ومن النادر أن يقتصر التدريب على الدروس النظرية، وإنما تقترن هذه الدروس عادة بتدريب عملي في المنشأة.

ويبدأ التدريب العملي بإرسال عدد من العاملين لتمضية فترة تمرين بالمنشآة، وتبين في ملاحق العقد برامج التمرين والقطاعات التي يجري فيها والساعات المخصصة له وعدد المشرفين الذين يتولون الشرح للمتمرنين والإجابة على أسئلتهم وتقديم التقارير عنهم.

ولا يترك اختيار العاملين للسلطة المتعاقدة وحدها ، أو لشركة المشروع وحدها لأنها عادة ما ترفض تحمل هذه المسئولية، ولهذا يلجأ المتعاقدون إلى حل وسط حيث تضع الشركة شروطا ينبغي توافرها في العاملين الذين سيتولون عملية التشغيل.[2]

ويتعين عند اختيار هؤلاء مراعاة الخلفية الفنية لديهم التي تمكنهم من استيعاب التدريب بأن يكون لديهم الاستعداد للتعلم دون غطرسة أو مكابرة، كادعاء العلم والتباهي بالحصول على الشهادات النظرية، أو التعالي على المدرب، ويجب التزام الحيدة والموضوعية عند اختيار هؤلاء الأفراد[3].

فموضوع التدريب إذن، هو تزويد العاملين بالثقافة الفنية، النظرية والعملية، اللازمة للقيام بالعمل محل التدريب، ويتطلب تنفيذ هذا الأمر تقديم الخدمات الآتيه:-

---

[1] عقد مطار راس سدر، مشار اليه في الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ تابع (ب) ، ١٩ نوفمبر ١٩٩٨، صـ ٣٣.

[2] محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، ص٥٣ وما بعدها

[3] يوسف عبد الهادي الاكيابي ،النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، طبعة١٩٨٩،ص١٨٢

- تعيين عدد من الفنيين التابعين للمنشأة لمصاحبة العاملين التابعين للسلطة المتعاقدة في زيارات للمنشأة لشرح كيفية تقسيمها وعمل كل قسم وكيفية تشغيل الآلات لتقديم المنتج.
- القيام بتشغيل المنشآة على سبيل التجربة، وهي المرحلة الهامة في التدريب التي ينتقل به المتمرن من المشاهدة السلبية إلى المشاركة الإيجابية في العمل.
- تمكين ذوي الثقافة الفنية العالية، كالمهندسين، من الاطلاع على الوثائق والنشرات والبحوث ونتائج التشغيل الأولي للمنشأة، لكي يتمكنوا من السيطرة على جودة المنتج، وهذا الاجراء شديد الأهمية في مشروعات إنتاج الكهرباء والغاز والمياه.[1]

ويتعين ، لكي يؤتي التدريب على التشغيل ثماره ، أن يكون اتفاق التشغيل متسقا مع الشروط الواردة في اتفاق المشروع ، وأن تتم عملية التشغيل وفقا لما نص عليه في العقد، ويتوقف هذا وذاك على الاختيار الصحيح للمشغل ، فيتعين أن يتوافر فيه الخبرة والمهارة اللازمة لأداء عملية التشغيل بكفاءة. ونرى أن كون المشغل أحد أعضاء الكونسورتيوم يحقق هذا النجاح ، إذ من صالحه أن تتم عملية التشغيل بالكيفية السابقة، فضلا عن أنه يقدم موردا ماليا اضافيا يمكن الشركة من تقديم الخدمة بالمستوى المطلوب.[2]

بانتهاء مرحلة تدريب العاملين، يدخل المشروع مرحلة التشغيل التجاري، ويتعين على شركة المشروع أن تفي بعدد من المعايير التقنية والخدمية، وغالبا ما ينص على هذه المعايير في اتفاق المشروع، ويدخل في إطار هذه المعايير المتعلقة بالصحة والسلامة البيئية.[3] وتتحمل شركة

---

[1] قارب محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح،مرجع سابق،ص٥٤ وما بعدها.

[2] Zallam abdul karim, Op.cit, p.193 et s.

[3] دليل اليونسيترال الشريعي، ص ١٥٢.

المشروع بموجب الاتفاقات التعاقدية والنصوص التشريعية تبعة الأضرار البيئية التي تصيب الغير من استخدام المرفق[1]، مثال ذلك ما اتفقت عليه جهة الإدارة في عقد ميناء دمياط مع شركة المشروع (الطرف الثاني) على أن " يلتزم الطرف الثانى بأحكام القوانين والقرارات المصرية المعمول بها، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالموانئ وتنظيم الإنشطة التى تعمل بها واتخاذ كافة التدابير، وتنفيذ كافة الاشتراطات الخاصة بالدفاع المدنى والحريق وكافة الاجراءات الفردية لتأمين سلامة المشروع والميناء من المخاطر، طبقا لاحداث النظم والأساليب المعمول بها دوليا ومحليا، على أن يعتمد النظام الذى يضعه من جهة متخصصة، وعلى الاخص إدارة الدفاع المدنى والحريق وبمراعاة اشتراطات الامن الصناعى، وكذا اشتراطات البيئة واعتمادها من جهاز شئون البيئة، وذلك كله قبل البدء فى تشغيل المشروع".[2]

وعليه، تلتزم شركة المشروع باحترام القوانين واللوائح المعنية بحماية البيئة طوال مدة سريان اتفاق المشروع ، ويشمل هذا الالتزام مقاولي الباطن، ويترتب على إخلالها بهذا الالتزام تعويض الأضرار الناشئة على أساس من المسئولية التقصيرية .[3]

أما المشرع الفرنسي فإنه لم يضع نظاما عاما للمسئولية فيما يتعلق بالبيئة،وإنما قرر لبعض الأضرار قواعد تحكمها كل فيما يخصه. وقرر عقوبة جنائية لهذه الأضرار حيث قدر المشرع الخطورة غير العادية لبعض الأنشطة الاقتصادية.[4]

---

[1] يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لنقل التكنولوجيا، صـ ١٢٦ وما بعدها.

[2] راجع اتفاق ميناء دمياط المبرم بين شركة سيجاس وهيئة ميناء دمياط، مشار اليه، الجريدة الرسمية العدد ١٤، ٥ ابريل ٢٠٠١، صـ ٥١٠.

[3] Zallam Abdul karim, Op.cit. p.159.

[4] Framageau Jérôme, Philipe Buttinger. Droit de l'Environment, p.239.

الفرع الثاني
الالتزام بالصيانة

تمتد حيازة شركة المشروع للمنشأة مدة طويلة، تلتزم فيها بإجراء جميع أعمال الصيانة العادية وغير العادية، وهو التزام منطقي إذ أنه يتفق مع التزام شركة المشروع برد المنشآة للسلطة المتعاقدة في حالة صالحة للتشغيل بكفاءة.[1]

وعلي ذلك فإن التزام شركة المشروع بموجب عقد التشغيل ليس التزاما ببذل عناية وإنما هو التزام بتحقيق نتيجة، اذ لا يقتصر التزام شركة المشروع بإعلام السلطة المتعاقدة بجميع أعمال الصيانة التي من شأنها ضمان سير المنشأة وتقديم الخدمة، وكذلك أعمال التحديث، وإنما يشمل، كذلك، التزامها المنصوص عليه في العقد بإجراء أعمال الصيانة علي حسابها ودون طلب من السلطة المتعاقدة ، أي أنها تلتزم بوضع المنشأة في حالة تشغيل فعلي طوال مدة عقد التشغيل.[2]

القاعدة العامة أنه، يتعين استبدال أي جزء من المعدات أو المعدات بأكملها في حالة تعرضها للتلف ، فكل قطعة لها عمر افتراضي تصير بعده غير صالحة للتشغيل،[3] ولا تثور صعوبة في الحالة التي تتوافر فيها قطع الغيار، ولكن يدق في الحالة التي تستورد فيها شركة المشروع المعدات من الخارج، مع وجود قيود على الاستيراد في التشريعات الوطنية.ولقد عالج المشرع المصرى هذا الأمر عندما نص في صدر المادة ١٣ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للاستيراد، للشركات والمنشآت أن تستورد بذاتها أو عن طريق الغير ما تحتاج اليه فى إنشائها أو التوسع

---

1 Merna Tony, Op.cit, p.192.

2 Quignards Bernard, les contrats de maintenance, Gaz.pal, 17 janvier 1991, 1er SEM, Doctrine, p.32.

3 محسن شفيق، مرجع سابق، صـ ٤٧.

فيها أو تشغيلها من مستلزمات إنتاج ومواد ومعدات وقطع غيار ووسائل نقل مناسبه لطبيعة نشاطها ،وذلك دون حاجه لقيدها فى سجل المستوردين،

كما يكون للشركات والمنشآت أن تصدر منتجاتها بالذات أو بالوساطة دون ترخيص وبغير حاجة لقيدها فى سجل المصدرين ".

ويتضح مما سبق أن المشرع عمد إلى تبسيط الاجراءات الخاصة بالاستيراد أو التصدير للتغلب على مشكلة شركات التصدير والاستيراد فى المعاملات الخارجية للشركات والمنشآت الاستثمارية،[١] ويسرى هذا الاستثناء طوال مدة المشروع أى خلال مرحلة إنشاء المشروع وخلال فترة تشغيله إلى أن يتم نقل الاصول إلى الدولة أو أية جهة أخرى تحددها الدولة.[٢]

وللصيانة عدة صور، وهي تختلف حسب طبيعة المشروع:

فإذا كان المرفق هو شبكة مياه وصرف صحي تعين إزالة الانقاض والركام بصورة دورية، كما يجب تجميع الملوثات التي تقلل من نقاء ونظافة المياه.

وتعمل السلطة المتعاقدة رقابتها للتأكد من قيام شركة المشروع بأعمال الصيانة وفقا لما اتفق عليه. فإذا لم يتم اجراء أعمال الإصلاح أو معالجة العيوب التي أصابت المنشأة التزمت الشركة بدفع غرامة، أو وقع عليها عقوبات ادارية و مدنية، أو الغي الاتفاق كما يمكن توقيع هذه العقوبات كلها.[٣]

---

1 مختار طلبه، تطور التشريعات الاقتصادية ، ص٧١ .

2 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ، الأهرام الاقتصادى ، ص٨٩ .

3 انظر موقع البنك الدولي مشار إليه سلفا:

Harris Linda, Operation and Maintenance Responsibilities of Storm water BMPs, p.562.

كما يحق للبنوك المقرضة استبدال المشغل بآخر بإبرام اتفاق مباشر يهدف إلى السماح للبنوك بإدارة المشروع، واستبدال المشغل في حالة إخلاله بالتزاماته بعد الحصول على موافقة السلطة المتعاقدة.[1]

المطلب الثالث
نقل الملكية

تمهيد

تضطلع شركة المشروع بتقديم الخدمة للجمهور لفترة زمنية معينة ،تتولى بعدها للسلطة المتعاقدة مسئولية تشغيل المرفق، وتتوقف مدة الامتياز علي عدة عوامل مثل :العمر التشغيلي للمرفق ،والفترة التي يرجح أن تكون الخدمة مطلوبة خلالها ،والعمر الافتراضي للموجودات ،وبصفة أساسية المدة اللازمة لاسترداد شركة المشروع تكلفة الاستثمار وسداد ما عليها من دين.[2]

وهو ما يتضح من بنود اتفاق دمياط البترولي، حيث نص علي أن "مدة الترخيص ٢٥ عاما تبدأ من تاريخ بدء الانتاج الفعلي وبدء المجمع في التصدير...، وتؤول ملكية هذا الرصيف الي الطرف الأول بعد هذه المدة "(بند ٤/١) .[3]

وقد تدخل مدة اتفاق التشييد في الحسبان لدى تحديد مدة اتفاق المشروع لتشجيع شركة المشروع على تشييد المنشأة قبل الموعد المحدد.[4] وبانتهاء أجل الترخيص تكون السلطة المتعاقدة بين أحد خيارين، إما أن تقوم بتجديد العقد لشركة المشروع ، أو تعيد طرحه مرة أخرى لمتعاقد آخر، وإما أن تسترد المرفق وتتولى تشغيل المنشأة بنفسها.

---

[1] Zallam Abdul karim, Op.cit. p.177.
[2] دليل اليونيسترال ،مرجع سابق ،ص١٧٧ .
[3] الجريدة الرسمية ،العدد١٤ ،السنة ٤٤ ،٥ ابريل ٢٠٠١ ،ص٤٩٥.
[4] Zallam Abdul karim, Op.cit. p.160.

وانقضاء اتفاق المشروع يرتب التزاما رئيسيا على عاتق شركة المشروع ألا وهو الالتزام بالتسليم، فعلى خلاف صيغة (b.o.o) ومثل صيغة (boost) تضع صيغة (BOOT) التزاما على عاتق شركة المشروع بنقل ملكية المشروع للسلطة المتعاقدة، ولا يقتصر نقل الملكية على الموجودات الخاصة بالمنشأة فحسب، بل يمتد للتكنولوجيا المستخدمة لتشغيل المرفق.[1]

وعليه سنعرض للالتزام بالتسليم كأثر لانقضاء اتفاق المشروع، ثم نقل التكنولوجيا كأثر لتسليم المنشأة كل في فرع مستقل

الفرع الأول

الالتزام بالتسليم

الأصل أن يشمل التسليم المرفق كله ، سواء الأموال العقارية أو المنقولة وهو ما يستشف من نص المادة السادسة فقرة ١ من عقد انشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدى كرير والتى جاء بها "فى تاريخ نقل الملكية ، تنقل الشركة للهيئة جميع مالها من حقوق ، وحقوق ملكية ومصلحة فيما يتعلق بالتركيبات ، والتجهيزات ، وقطع الغيار ، والأجهزة ، والمعدات (وتشمل معدات الاختبار والمعدات الخاصة والسيارات المستخدمة فقط فى أغراض إدارة وتشغيل وصيانة المشروع) ، وكذلك جميع الاضافات التى يتألف منها المجمع ، على أن تكون خالية من أى رهون أو اعباء رتبتها الشركة ، ودون دفع تعويض عنها . (كما تلتزم الشركة بالتوقيع على أى مستندات قد ترى الهيئة ضرورتها لاتمام نقل الملكية) .

وتسلم الشركة للهيئة أيضا - فى تاريخ نقل الملكية - كتيبات التشغيل والصيانة ، ملخصات تشغيل / مذكرات نقل الملكية ، رسومات

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.318.

التصميم ورسومات ما بعد الانشاء وأى معلومات أخرى ، وتشمل جميع سجلات الاختبارات والمعلومات عن الوضع الفعلى لدوار التربين ومحاور التحميل ، التى قد تطلبها الهيئة بشكل مقبول ليمكنها الاضطلاع بتشغيل وصيانة المشروع وتعديله"(١).

وتحدد اتفاقات المشروع اجراءات نقل الملكية، وشروطها، ففي عقد ميناء دمياط أوجبت المادة الخامسة فقرة (١) أن تؤول ملكية الأصول(البنية التحتية) للسلطة المتعاقدة دون مقابل وبحالة جيدة في نهاية مدة الخمس وعشرين عاما"[٢].

وعلي ذلك فإن نقل الملكية يتم دون مقابل، إذ أن مدة اتفاق الترخيص تحدد بصورة تسمح لشركة المشروع بتشغيل المنشأة مدة زمنية تكفي لتحقيق عائد معقول لسداد الديون، ودفع الفوائد ،واسترداد قيمة الائتمان والحصول علي ربح معقول.

ولا يكفي أن تنقل شركة المشروع ملكية المنشأة، وانما يتعين أن تكون هذه الأخيرة في حالة جيدة.

ومفاد ذلك أن المنشأة يجب أن تكون في حالة صالحة للتشغيل. فلهذا الالتزام أهمية كبري، إذ أن عدم صلاحية المنشأة للعمل من شأنه أن تتكبد السلطة المتعاقدة نفقات باهظة لكي تكون المنشأة صالحة للعمل بصورة طبيعية.[٣]

علي أنه من غير المتصور أن تتوقع السلطة المتعاقدة أن تكون هذه الموجودات مثل الجديدة،كما أنه لا يمكن أن تكون المنشأة صالحة

---

[1] راجع قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام انشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة نظم سيدى كرير مشار إليه لدى هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، ص ٤٦٠ وما بعدها .

[2] عقد ميناء دمياط مشار إليه في ،الجريدة الرسمية ،العدد ١٤ ،٥ ابريل ٢٠٠١ ،ص٤٩٥.

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.322 et s.

للاستعمال في حالة انهاء اتفاق المشروع أثناء مرحلة التشييد،[1] وتطبيقا لذلك فإن للسلطة المتعاقدة أن تطلب من شركة المشروع ضمانا ماليا لسداد قيمة الإصلاحات أو تغيير الاجزاء التالفة.

و الملاحظ أن العقود التي أبرمت في مصر قد تضمنت هذا الشرط ومن ذلك ما جاء بالبند ٢/٨ من اتفاق المشروع الخاص بعقد مطار رأس سدر من أنه"يقوم صاحب الامتياز بتزويد الهيئة المصرية العامة الطيران بالتالي:-

قطع غيار لتغطية سنة كتشغيل كاملة ؛ واجراءات كاملة للصيانة الوقائية كما كان متوقعا في مستندات الصيانة لكافة التركيبات والمعدات، كافة المطبوعات الفنية وكتيبات الصيانة والإصلاح أو كلاهما ، يجب أن تكون محدثة متضمنة أحدث تعديل مندمجة معها وتكون مكتملة كما هو وارد في قائمة مراجعة خاصة".[2]

وللسلطة المتعاقدة أن تتأكد من احترام شركة المشروع للمعايير والشروط المتضمنة في العقد بمعاينة المشروع والاطلاع علي المستندات الخاصة بالمنشأة.[3]

وفي هذا الصدد، تلتزم السلطة المتعاقدة بدفع مبلغ لشركة المشروع لتغطي تلك الأخيرة قيمة استثمارها ،بغية تشجيع الشركة علي نقل ملكية المنشأة في حالة جيدة، ويشترط لاستحقاق شركة المشروع لهذا المبلغ أن يتبين من معاينة المعدات أنها صالحة للتشغيل.[4]

وإذا كان القانون يحدد القواعد المنظمة لانتقال الملكية،[5] فإن اتفاق المشروع هو المحدد لكيفية توزيع النفقات المرتبطة بنقل الملكية العامة

---

[1] دليل اليونسيترال التشريعي، مرجع سابق، صـ ١٩١.

[2] الوقائع المصرية، العدد ٢٦٤ تابع (ب)، مرجع سابق، صـ ٥٨.

[3] Zallam Abdul karim, Op.cit, p.227.

[4] Abd el Baki Samy ,Op.cit,p.322.

[5] Zallam Abdul karim, Op.cit, p.225.

ومنها حق نقل الحيازة والدمغات ،والتعويض عن التوقف عن تقديم الخدمة ، وأتعاب الخبراء المستقلين الناشئة عن المعاينة والمصروفات العامة والأخري التي يلتزم بها المتعاقدون واللازمة لنقل الملكية ؛حيث تتحمل السلطة المتعاقدة مصاريف نقل الحيازة ، وأتعاب تجديد الامتياز في حال تجديده ، بينما تتحمل شركة المشروع نفقات التعويض عن التوقف عن تقديم الخدمة ،وأتعاب المعاينة.[1]

كما تلتزم شركة المشروع بحوالة حقوقها المنصوص عليها في عقود الصيانة والتوريد عند نقل الملكية ، وللسلطة المتعاقدة أن تطلب من شركة المشروع ضمانا ماليا لسداد قيمة الإصلاحات أو تغيير الأجزاء التالفة لضمان نقل ملكية المنشأة في حالة صالحة للتشغيل بصورة تتفق مع ما نص عليه في اتفاق المشروع. وتنتقل الملكية بموجب الاتفاق المبرم بين الطرفين ،ولا تنتقل بموجب أحكام الالتصاق.

الفرع الثاني

نقل التكنولوجيا كاثر للتسليم

عند استرداد السلطة المتعاقدة للمرفق في نهاية مدة العقد يلزم الاتفاق شركة المشروع بنقل التكنولوجيا أو الدراية العملية المطلوبة لتشغيل مرفق البنية التحتية، وصيانته، ويتم نقل التكنولوجيا بأساليب مختلفة: كمنح ترخيص بالملكية الصناعية، أو تقديم المعرفة السرية، أو عن طريق تدريب موظفي السلطة المتعاقدة، أو عن طريق الوثائق.[2]

أ- نقل التكنولوجيا عن طريق منح الترخيص بالملكية الصناعية:-

تضمن السلطة المتعاقدة فى اتفاق المشروع شروطا تضع بمقتضاها

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.321et s.

[2] دليل اليونسيترال التشريعي ،مرجع سابق،ص١٩٦.

التزامات على عاتق شركة المشروع للوصول إلى هذه الغاية.

ومن أمثلة هذه الشروط: حق السلطة المتعاقدة في استعمال التراخيص التي حصلت عليها شركة المشروع وقت نفاذ العقد، وتلك التي حصلت عليها في وقت لاحق، من أجل تشغيل المنشأة وصيانتها وإصلاحها دون مقابل. كما تلتزم شركة المشروع بالتأكد من أن اتفاق المشروع لا يخالف حقا من حقوق الملكية الصناعية، أو يرتب حقا للغير على الدولة إذا كانت التكنولوجيا مملوكة للغير.

من جانب آخر، ينظم الاتفاق مواجهة المشكلات التي تواجه الأطراف في حالة الاستعمال غير المشروع لبراءة الاختراع من الغير.[1]

ب- نقل التكنولوجيا عن طريق الوثائق:

تتضمن عملية تشييد المنشآة عدة أداءات:

فشركة المشروع تقوم، بإعداد الدراسات المتعلقة بالأعمال الهندسية اللازمة لانجاز المرفق، وتعتبر هذه الدراسات من العناصر الذهنية البحتة، وتشمل هذه الدراسات الدراسة التمهيدية ودراسة الجدوى، والدراسة الخاصة بتشييد المنشأة، وكيفية إدارتها.[2]

وتتمخض هذه الدراسات في نهاية الأمر عن مجموعة من الرسومات والايضاحات الأساسية للمشروع، والتي تعرف به على الوجه الذي يتعين تنفيذه على أساسه .

ومما لا شك فيه أن هذه الدراسات ذات قيمة كبيرة بالنسبة للسلطة المتعاقدة، إذ تشكل بالفعل وسيلة لاكتساب المعرفة الفنية، فهي تتيح لها بشكل مباشر تشغيل وإدارة المرفق عند انتقال ملكيته إليها من خلال المستندات التي تحدد إطار وشكل و طريقة التشغيل.

ومع ذلك فإن فعالية هذه الدراسات لا تتوقف فحسب على نوعية

---

1 Zallam Abdul karim, Op.cit, p.219.

2 قارب، انس السيد عطيه، المرجع السابق، صـ ٢٦٢.

هذه الدراسات، ومدى ما تتضمنه من معارف، وإنما تتوقف أيضا على الخبرة الفنية المتاحة لجهة الإدارة لتتمكن من تحليل الوثائق والمستندات لاستبيان مضمون هذه الدراسات والاستفادة منها في اكتساب طرق إدارة وتشغيل وصيانة المرفق وتطويرها.[1]

ومن ثم، فإن قلة الخبرة، وضعف الكفاءة الفنية الضرورية، تجعل من هذه الدراسات مجرد عناصر مادية، مجسدة لمعارف فنية يصعب استخلاصها، شأنها شأن المعارف المتجسدة في المعدات والآلات وغيرها من الماديات الأخرى. ومن ثم فإن توفر الخبرة والقدرات التقنية العالية، هما شرطا الاستفادة من الدراسات وما تتضمنه من تكنولوجيا سواء في جانب التصميم أو التنفيذ.

ورغم انتقال ملكية الرسومات المتعلقة بالمنشأة إلى السلطة المتعاقدة بعد نهاية الاتفاق بينها وبين شركة المشروع، فإن السلطة المتعاقدة تلتزم بالمحافظة على سريتها ويمتنع عليها إذاعتها سواء احتفظت شركة المشروع بملكية هذه الوثائق أم لم تحتفظ بها.[2]

ويعمد مقدم التكنولوجيا إلى التوسع في مضمون الالتزام بالسرية بأن ينص على اجراءات تفصيلية يتوجب على متلقى التكنولوجيا تحريها،مثل منع الغير من الدخول إلى الوحدة الانتاجية أو إلى أماكن معينة داخلها، أو قصر الحق في الاطلاع على بعض الوثائق الفنية على أشخاص معينين دون غيرهم، وكثيرا ما ينص العقد على أن يتم هذا التعهد لصالح مقدم التكنولوجيا بمقتضى عقد مبرم بينه وبين هذا الأخير مباشرة.[3]

ولما كان التزام متلقي التكنولوجيا في هذا الصدد التزاما بتحقيق نتيجة، فإن الحاجة لاستمرار سير المنشأة بالصورة المثلى قد يصطدم

---

[1] قارب، انس السيد عطيه، المرجع السابق، صـ٢٦٥.

[2] محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، صــ ٣٨.

[3] حسام عيسي، مرجع سابق، صــ ٢٦٦.

بالتزام السلطة المتعاقدة بعدم افشاء والمحافظة على سرية المعارف الفنية المستخدمة لإدارة المرفق و تقديم الخدمة، ويدق الأمر إذا رأت السلطة المتعاقدة تجديد العقد لمتعاقد جديد حيث يمتنع عليها تسليمه تلك الوثائق. ومن ثم فإنه من المهم أن يتفق الطرفان على التنسيق بين هذه المصالح المتعارضة: مصلحة شركة المشروع في حماية المعرفة الفنية الخاصة بها، ومصلحة الدولة المضيفة في تشغيل المنشأة بعد انتهاء مدة الامتياز.[1]

المطلب الرابع
جزاء الإخلال بالشروط التعاقدية

عرضنا فيما سبق لالتزامات كل من السلطة المتعاقدة وشركة المشروع وفقا لاتفاق الترخيص، فكل حق يقابله التزام على الطرفين، ولإجبار الطرف المدين على تنفيذ التزامه كان من اللازم أن يكون هناك جزاء على إخلال المدين بالتزامه ، ويتمثل هذ الجزاء في فسخ العقد.
ويتضمن اتفاق المشروع حالات فسخ العقد لتجنب المنازعات بين الطرفين، وتفاديا للنتائج الخطيرة المترتبه علي فسخ العقد ،وقد يكون الفسخ بسبب راجع للسلطة المتعاقدة، وقد يكون السبب راجعا لشركة المشروع.وهو ما نعرض له كل في غصن مستقل.

الغصن الأول
فسخ السلطة المتعاقدة للعقد

تتعلق حقوق السلطة المتعاقدة في الفسخ عادة بثلاث فئات من الظروف وهي: الإخلال الجسيم من جانب شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها ، وإعسار أو إفلاس شركة المشروع ،والإنهاء لدواعي المصلحة العامة.[2]

---

[1] Zallam Abdul karim, Op.cit, p.221.

[2] دليل اليونيسترال التشريعي،مرجع سابق ،ص١٨١

أ- الإخلال من جانب شركة المشروع:-

يشترط لإنهاء اتفاق المشروع أن يكون هناك إخلال جسيم من جانب شركة المشروع بالتزاماتها التى تؤثر على اطراد الخدمة على النحو المطلوب ، فقصر انهاء العقد علي حالات الإخلال الجسيم يطمئن المقرضين ومتعهدي المشروع بأنهم سوف يكونون في مأمن من القرارات غير المعقولة أو السابقة لأوانها من جانب السلطة المتعاقدة.

ونظرا لأن انهاء العقد يترتب عليه فى غالب الأحيان نتائج غير مقبولة فلا يكون صائبا - على اطلاقه - الالتجاء لإنهاء العقد كعقوبة صالحة لكل حالة من حالات الأداء غير المرضى من جانب شركة المشروع . ومن المستصوب -عموما- ألا يتم اللجوء إلى هذا الاجراء المتطرف إلا فى حالة التقصير فى الأداء التى تشكل خطرا أو تكرار التقصير على نحو يكشف أن شركة المشروع انعدم في حقها توقع إمكان حسن الأداء فى ظل اتفاق المشروع أو استعدادها لذلك. وتطلق الكثير من النظم القانونية على الحالات التى تكون فيها درجة الإخلال من الجسامة بحيث تسوغ للطرف الآخر إنهاء العلاقة التعاقدية قبل انتهاء الأجل تعبيرات مثل (إخلال أساسى ، إخلال جوهرى). وهو ما يشير إليه دليل اليونيسترال بالإخلال الجسيم، وهو الخطأ الجسيم من جانب شركة المشروع فى الأداء الذى يشكل خطرا أو تكرارا للخطأ على نحو يكشف عن انعدام توقع حسن الأداء فى ظل اتفاق المشروع.

- ومن قبيل الأحداث التي تسوغ للسلطة المتعاقدة فسخ العقد إخلال شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، كأن تتخلف عن تأمين الوسائل المالية اللازمة لتنفيذ المشروع ، أو التراخي في إنشاء شركة المشروع بما يجاوز الموعد النهائي المحدد أو التخلف عن الحصول علي الرخص أو الإجازات المطلوبة للاضطلاع بالنشاط موضع الامتياز أو التخلف عن القيام بتشييد المرفق ،أو في بدء

إعداد المشروع أو في تقديم المخططات والتصميمات المطلوبة لذلك في حدود الفترة الزمنية المحددة فى العقد.[1]

كما يحق للسلطة المتعاقدة فسخ العقد في مرحلة التشييد في حالة عدم مراعاة لوائح البناء أو المواصفات أو الحد الادني لمعايير التصميم والأداء، وعدم إكمال الأعمال دون عذر في حدود الجدول الزمني المتفق عليه في اتفاق المشروع وأخيرا ،انتهاك الالتزامات القانونية أو التعاقدية الاساسية.

وللسلطة المتعاقدة فسخ العقد في مرحلة التشغيل عند إخلال شركة المشروع بتنفيذ التزامها بتقديم الخدمات وفقا للمعايير القانونية والتعاقدية الخاصة بنوعية الخدمة ،أو تعليق أو وقف تقديم الخدمة بغير عذر دون موافقة مسبقة من جانب السلطة المتعاقدة وكذلك في حالة الإخلال الجسيم في صيانة المرفق ومعداته ومتعلقاته وفقا للمعايير النوعية المتفق عليها، أو التأخير بغير عذر في القيام بأعمال الصيانة وفقا للخطط والكشوف والجداول الزمنية المتفق عليها ،[2] وفى هذه الحالة يحق للبنوك المقرضة أن تستبدل بشركة المشروع شركة أخرى بعد أخذ موافقة السلطة المتعاقدة ضمانا لاستمرارية أداء الخدمة، وتجنب انقطاع عمل المنشأة بانتظام وهو ما يطلق عليه "حوالة الحق".[3]

ب- **الفسخ لتغير المركز القانوني لشركة المشروع :-**

كتنازل شركة المشروع عن حقوقها قبل جمهور المنتفعين للغير ،[4] أو

---

[1] دليل اليونيسترال التشريعي،مرجع سابق ،ص١٨٢، وكذلك قرار مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجارى فى خصوص عقد مطار رأس سدر المبرم بين شركة ماليكورب والشركه القابضه للطيران المدنى والذى قضى بالزام وزارة الطيران المدنى بدفع مبلغ ١٥ مليون دولار نتيجة فسخ العقد انظر موقع قناة الجزيرة على الشبكة :

http:// www.aljazeera .net/ news

[2] دليل اليونيسترال التشريعي،مرجع سابق، ص١٨٣ وما بعدها.

[3] Zallam Abdul karim, Op.cit, p.164.

[4] موقع البنك الدولي علي الشبكة:

صدور حكم نافذ بتصفيتها أو طلب شهر افلاسها[١].والفسخ في هذه الحالات إما أن يكون نتيجة استحالة وفاء المدين بالتزاماته لسبب أجنبى لا يد له فيه ، فينقضى الالتزام وينفسخ العقد من تلقاء نفسه عملا بالمادة ١٥٩ من القانون المدنى ، وإما أن تكون استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبى فيكون للدائن(السلطة المتعاقدة) طلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه التعاقدى.[٢]

ج- الانهاء لدواعي المصلحة العامة:

قد تحتفظ السلطة المتعاقدة بحق انهاء عقد التشييد لدواعى المصلحة العامة،وقد يتفق على أنه يشترط النص أو الاتفاق على حق إنهاء العقد،وحق السلطة المتعاقدة فى الانهاء لدواعى المصلحة العامة يعتبر ضروريا للمحافظة على قدرة الحكومة فى ممارسة وظائفها التى تمس الصالح العام.

وتقدير المصلحة العامة منوط بالسلطة المتعاقدة، وينبنى على ذلك أنه لا يمكن مواجهة هذا الحق إلا على سند من عدم مشروعية الدافع أو تجاوز السلطة.[٣]

ومن الصائب- نظرا لخطورة هذا الحق – حصره فى الحالات الاستثنائية حيث يجد سبب قهرى يتعلق بالصالح العام يوجب انهاء اتفاق المشروع.ومن أمثلة ذلك ،أن تحدث تغييرات لاحقة فى خطط الحكومة تقتضى اجراء تعديلات كبيرة للمشروع تؤثر تأثيرا جوهريا فى التصميم الأصلى أو الجدوى الاقتصادية فى ظل خصخصة المشروع، أو ادماج مشروع ما فى مشروع أوسع،على أنه من المقرر

---

http:// www.rru.worldbank.org/ view point / HTML Notes /252

[1] Abd el Baki Samy ,Op.cit,pp.311:312

[2] عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الالتزام العقد ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ١٩٨١ ، مجلة القضاة ، ص٩٩٩ .

[3] دليل اليونيسترال التشريعى ، مرجع سابق ،ص١٨٥.

فى ظل هذا النظام عدم اتخاذ الإنهاء لدواعى المصلحة العامة بديلا عن التدابير التعاقدية الأخرى فى حالة عدم اقتناع السلطة المتعاقدة بأداء شركة المشروع،[1]

والإنهاء لدواعى المصلحة العامة ينطوى على مخاطر لا تقبلها شركة المشروع أو المقرضون دون ضمانات تكفل حصولهم على تعويض عادل وسريع عما لحقهما من خسائر، وينبغى لذلك ادراج هذا الحق فى اتفاق المشروع.ويمكن أن يشمل التعويض المستحق عن الإنهاء لدواعى المصلحة العامة ذات الأسس التى تؤخذ فى الاعتبار عند حساب التعويض فى حالة الإخلال الجسيم من جانب السلطة المتعاقدة.[2]

وتختلف نتيجة الإنهاء من جانب السلطة المتعاقدة من حيث التعويض المقرر لشركة المشروع بحسب ما إذا كان الانهاء أثناء مرحلة التشييد عنه فى مرحلة التشغيل.

ففى مرحلة التشييد تستحق شركة المشروع من التعويض ما يمثل جملة الاستثمار الذى قامت به بالفعل حتى وقت الانهاء شاملة المبالغ التى تم صرفها فعلا بموجب تيسيرات القروض التى قدمها المقرضون لشركة المشروع بغرض القيام بالتشييد فى إطار اتفاق المشروع.

وإذا كان من المتصور أن تكون شركة المشروع قد تخلت عن فرص استثمارية أخرى من أجل إكمال المشروع، فإن التزام السلطة المتعاقدة بتعويض شركة المشروع عن الكسب الفائت قد تحول دونه اعتبارات مالية يتعذر معه على السلطة المتعاقدة ممارسة حقها فى الإنهاء لدواعى المصلحة العامة، فإن أطراف التعاقد تضمن اتفاق المشروع جدولا للمدفوعات التى تقدمها السلطة المتعاقدة، تعويضا عن الكسب الفائت وحجم المدفوعات التى تم إنفاقها حتى انهاء الاتفاق.

---

[1] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص١٨٦ .

[2] دليل اليونيسترال التشريعي ، ص١٨٥ .

اما إذا كان الإنهاء فى مرحلة التشغيل،فإن أعمال التشييد التى أنجزتها شركة المشروع طبقا للاتفاق يكون التعويض عنها على نحو ما سبق بالنسبة للإنهاء أثناء مرحلة التشييد.

أما الانهاء لدواعى الصالح العام أثناء مرحلة التشغيل فإنه يتطلب تعويضا عادلا، يحتسب على أساس معدل عائدات المشروع خلال عدد من السنوات المالية السابقة.[١]

الغصن الثاني

فسخ شركة المشروع للعقد

الإخلال من جانب السلطة المتعاقدة:-

- بصفة عامة يقتصر حق شركة المشروع في إنهاء اتفاق المشروع علي حالات تبين فيها أن السلطة المتعاقدة قد أخلت بجزء كبير من التزاماتها: مثل التقصير في دفع مبالغ متفق عليها لشركة المشروع أو التقصير في اصدار رخص لازمة لتشغيل المرفق لأسباب أخرى غير الخطأ من جانب شركة المشروع ، كما يحق لشركة المشروع إنهاء اتفاق المشروع إذا قامت الهيئة المتعاقدة بتغيير وتعديل المشروع الأصلي بطريقة تتسبب في زيادة كبيرة في حجم الاستثمار اللازم وعجز الطرفان عن التوصل الي اتفاق علي مقدار التعويض الملائم.
- كما يحق لشركة المشروع إنهاء الاتفاق إذا عجزت عن تقديم الخدمة بسبب تصرفات سلطات عمومية أخري غير السلطة المتعاقدة ،مثل عدم اتخاذ إجراءات الدعم اللازم لدي السلطات المختصة لتنفيذ اتفاق المشروع.[٢]

---

[1] دليل اليونيسترال التشريعى ، مرجع سابق ، ص١٩٥ .

[2] دليل اليونيسترال التشريعي،مرجع سابق ،ص١٨٦

آثار الفسخ:-

قد يفسخ العقد لإخلال أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية ،وقد لإفلاس شركة المشروع، و قد يرجع هذا الفسخ لإندماج المشروع ،فما مصير العقود التي ابرمتها شركة المشروع مع الغير أثناء نفاذ الاتفاق؟

يتوقف تحديد النتائج المترتبه علي فسخ اتفاق المشروع بحسب سبب الفسخ،وفيما يلي نبين أثر الفسخ في حالة الإفلاس والإندماج نظرا لخصوصية هذه الاحداث .

أولا: الإفلاس وفسخ العقد :-

نظرا لخطورة إنهاء اتفاق المشروع قبل نهاية المدة المتفق عليها، تحرص مؤسسات التمويل على تضمين اتفاق المشروع اشتراطا لمصلحتها مفاده التزام السلطة المتعاقدة بإخطار البنوك المقرضة بوجود حالة إخلال أو تقصير من جانب شركة المشروع وبنيتها في إنهاء العقد، وهذا الاشتراط لا يعدو أن يكون اشتراطا لمصلحة الغير، وتلتزم السلطة المتعاقدة – وفقا لما جري عليه العمل الدولي– بمنح البنوك مدة لا تزيد على تسعين يوما من تاريخ تسلم الأخيرة الاخطار بالإنهاء لمحاولة معالجة حالة التقصير (cure period)، إما بإصلاح الخلل أو بإحلال شركة مشروع جديدة محل شركة المشروع الأصلية. وعادة ما تكون المدة الأصلية قابلة للتجديد لمدة واحدة مماثلة.[١] فالاشتراط لمصلحة الغير عقد يكسب المنتفع حقا مباشرا وشخصيا يستطيع أن يطالب به المتعهد، ويكفي أن تثبت للمتعهد مصلحة شخصية مادية أو أدبية وإلا كان فضوليا.

ثانيا :الإندماج وفسخ العقد:-

بالرغم من أن الطابع التمويلى يغلب على عقود (BOOT)،إلا

---

[١] هاني سري الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ٢٦٢.

أن هذا العقد يعد من عقود الاعتبار الشخصي بالرغم من أن البنوك تملك إصلاح الخلل بإحلال شركة جديدة محل الشركة التى أخلت بالتزاماتها حيث تبقى الكفاءة الفنية والملاءة المالية محل اعتبار، إذ تعهد السلطة المتعاقدة إلى المستثمر إنشاء مشروع ذي نفع عام للجمهور، لذلك يجب أن يراعي في الشخص أو الشركة التي يقع عليها الاختيار لتنفيذ المشروع مؤهلات وصفات خاصة ،تجعل من المرجح أن يقوم بالعمل علي الوجه الأكمل، لذلك تكون شخصية المستثمر أو شركة المشروع محل اعتبار في العقد بحيث تكون المؤهلات والامكانيات التي يملكها هي الدافع الرئيسي الذي دفع الطرف الآخر للتعاقد معه،ومن قبيل الامكانيات والمؤهلات التي ترجح التعاقد مع شركة المشروع القدرة التكنولوجية؛ والأعمال السابقة التي قامت الشركة بتنفيذها ،ما تتمتع به شركة المشروع من السمعة أو المكانة التي وصل اليها اسمها في السوق؛ والتخصص في العمل المعهود الي الشركة.[1]

ولا أدل علي أن عقد (BOOT) يتأسس علي الاعتبار الشخصي من تضمين العقود ما يفيد عدم جواز التنازل عن العقد للغير إلا بعد الحصول علي موافقة مجلس الوزراء علي هذا التنازل [٢].

ولما كان عقد (BOOT) من عقود الاعتبار الشخصي ،فالأصل أن الإندماج يؤدي الي فسخ العقد نظرا لزوال الشخصية الاعتبارية لشركة المشروع وإن كان البعض يذهب الي القول بأن الإندماج لا يؤدي الي فسخ العقد مالم يسفر هذا الإندماج عن إخلال شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها في العقد.[٣]

---

1 ماهر محمد حامد ،مرجع سابق،ص٤٣٢ وما بعدها.

2 راجع عقد التزام إنشاء وتشغيل واعادة مطار راس سدر بنظام bot مشار اليه في الوقائع المصرية العدد ٢٦٤ تابع ، مرجع سابق، ص١٦.

3 Abd el Baki Samy, Op.cit. 312.

الفصل الثالث

ضمانات المخاطر

تمهيد:-

إن قيام القطاع الخاص بتقديم التمويل اللازم لتنفيذ مشروعات البنيه التحتيه فى ظل التعاقد بنظام BOOT هو ضرب من ضروب الاستثمار ، وصورة من صور توسيع قاعدة الملكية الخاصة من خلال خصخصة الادارة والتمويل ، وهو ما يتطلب تقرير عدد من الضمانات الكفيلة بمواجهة المخاطر التي تعترى تنفيذ المشروع .

ويمكن تقسيم هذه المخاطر إلى نوعين:

الأول، المخاطر التجارية ، والثانى المخاطر غير التجاريه،وتجمل المخاطر التجارية فى احتمالات عدم استكمال تنفيذ المشروع طبقا للمواصفات المحددة له والتى تنتج عن عدم الالتزام بعقد الانشاء ، ومخاطر حدوث عجز أو عدم كفاية المواد اللازمة للتشغيل ، وكذلك المخاطر الناشئة عن الاضرار بالبيئة أو مخالفة قوانينها.[1]

أما المخاطر غير التجارية فتجمل فى احتمالات تدخل السلطة العامة بنزع الملكية والتأميم ، والغاء الترخيص، وتلك المتعلقة بالنظام المالي والضريبي للدولة، بالإضافة إلى القيود المتعلقة بتحويل الأرباح إلى الخارج ، والتضخم وتقلبات أسعار الصرف.[2]

وفيما يلي نعرض للضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة، وتلك المقدمة من شركة المشروع للحد من المخاطر المحيطة بالعقد في مبحثين

---

[1] محمد أبو العينين ، ورقة عمل بعنوان " انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية فى الدول النامية عن طريق نظام البوت bot "، مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها فى مصر، ميريديان القاهرة ، نوفمبر ١٩٩٩.

[2] Unido BOT guide lines, Op.cit, p.155et s.s

مستقلين.

وعليه سينقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول: الضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة.

المبحث الثاني: الضمانات المقدمة من شركة المشروع.

المبحث الأول
الضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة

تتمثل الضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة للتخفيف من المخاطر المحيطة بالمشروع في سن وتفعيل التشريعات اللازمة لتشجيع الاستثمار المحلي والأجنبي، وتقديم الضمانات الكفيلة بحماية المستثمر من المخاطر السيادية المتمثلة في التعديل التشريعي ومخاطر التاميم وغيرها من المخاطر.

وبجانب هذه الضمانات، هناك ضمانات تفرضها طبيعة التعاقد، وهي عادة ما تأخذ شكل الدعم، ولهذا الدعم عدة أشكال منها:الدعم المالي المباشر أو غير المباشر، ومن صور هذا الدعم المشاركة فى رأس المال، واحتكار تقديم الخدمة، وإبرام اتفاقات شراء المنتج، وإزالة القيود المفروضة على استيراد أو تصدير المعدات والتجهيزات اللازمة للمشروع، وأيضا ضمان حرية تحويل أو استبدال العملة الوطنية.[1]

على ضوء ما سبق سنعرض في هذا المبحث إلى الضمانات النقدية المقدمة من السلطة المتعاقدة، وشرط الثبات التشريعي ، واتفاق شراء الخدمة، وسن وتفعيل تشريعات الاستثمار التي تكفل مواجهة المخاطر المرتبطة بالتأميم والحروب كل في مطلب مستقل.

---

[1] موقع البنك الدولي:
http://rru.worldbank.org/toolkits/documents/concessions/

المطلب الأول

الضمان الحكومي

يقصد باتفاق الضمان الحكومى تعهد احدى الجهات الحكومية أو البنك المركزى بضمان كافة التعهدات المالية للسلطة المتعاقدة .[١]

والاحتياج العملى لمثل هذا الضمان يظهر فى حالات بعينها، كما لوكانت المخاطر السياسية للمشروع مرتفعة أو كانت القدرة المالية للدولة لا تبعث على الاطمئنان، وجرى العمل على إيراد هذا التعهد فى اتفاقات شراء الخدمة.[٢]

ومن الأمثلة التطبيقية للضمان الحكومى فى مصر ما ورد فى اتفاق (سيدى كرير) المبرم بين شركة انترجن وهيئة كهرباء مصر، من ضمان البنك المركزى للالتزأمات النقدية للهيئة فى اتفاق شراء الطاقة الكهربائية فى حالة إخلال السلطة المتعاقدة بتنفيذ التزأماتها.[٣]

وضمانات البنك المركزى فى الدولة المضيفه قد تتحقق فى شأنها الضمانات البنكية غير المشروطة، والتى تصدرها البنوك التجارية، وبمقتضى هذه الضمانة يحق لشركة المشروع والبنوك المقرضة مطالبة البنك المركزى بقيمة الضمان، والفرض الغالب ان يكون ضمان البنك المركزى أقرب ما يكون إلى الكفالة المصرفية، وفيها يتعهد البنك المركزى تعهدا نهائيا غير قابل للرجوع فيه بأن يدفع لشركة المشروع أى مبلغ يستحق بمقتضى الاتفاق، أو بمقتضى حكم قضائي نهائى تخفق الجهة الحكومية فى سداده ، بمعنى أن الكفالة على هذا النحو تتعلق بالالتزامات النقدية.[٤]

---

1 هانى سرى الدين ، كتاب الاهرام الاقتصادى العدد ١٧٧ ، مرجع سابق ص٦٥

2 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٩٢ .

3 Abd el Baki Samy .Op.cit ,p.389.

4 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق

ويتميز هذا النوع من الضمان عن الكفالة في أن الأخيرة عقد تابع للالتزام الأصلى، فبطلان أو فسخ العقد الأصلى يترتب عليه بطلان أو فسخ الكفالة، بينما التزام البنك المركزي في اتفاق شراء الخدمة هو التزام مجرد، واجب الإعمال بصرف النظر عن مصير الالتزام الأصلي[١].

كما تمتد الضمانة إلى أى تعويضات نقدية تستحق على الجهة الحكومية بمقتضى اتفاق المشروع . وعادة ما ينص على ان التزام البنك المركزى فى هذه الحالة يظل نافذا حتى فى الاحوال التى يحصل فيها اى مد أو تنازل أو تعديل لاتفاق المشروع أو اتفاق شراء الخدمة.[٢]

المطلب الثاني
شرط الثبات التشريعي

(الـBOOT)بين مبدأى سيادة الدولة والثبات التشريعي:

قد يصدر قانون من شأنه التأثير على ضمان حصول مانح الائتمان على حقوقه فى مواعيد الاستحقاق، سواء كان القانون تشريعا رئيسيا أو فرعيا، ومن أمثلة المخاطر التشريعية التي تواجه المستثمر:

١. صدور تشريع يعدل من الرسوم الجمركية أو الضرائب المفروضة على السلعة تعديلا يرفع بشدة الرسوم المستحقة على البضاعة.
٢. تعديل التشريعات المتعلقة بالاستيراد، والتي قد تنصب على البضائع الواردة، فقد يصدر قرار يعدل من الشروط الخاصة بالاستيراد في الفترة ما بين شحن البضاعة من ميناء القيام إلى ما قبل الإفراج الجمركي عنها في ميناء الوصول.[٣]

القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٩٢ .

[1] Abd el Baki Samy,Op.cit,p.390.

[2] هانى سرى الدين ، كتاب الاهرام الاقتصادى ، العدد ١٧٧ ، مرجع سابق ص٦٦ .

[3] السيد ابراهيم تركي، دور ضمان ائتمان الصادرات في مواجهة مخاطر الائتمان في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، صـ ١٠٦ وما بعدها.

٣. فصدور قانون بمنع تحويل الأموال إلى الخارج، فإذا كان المستثمر أجنبيا، فإنه سيعزف عن الاستثمار في البلد المضيف.

وتفاديا لهذه المخاطر، تسعى شركة المشروع إلى تحميل السلطة المتعاقدة المخاطر السيادية المحيطة باتفاق المشروع.[١]

ويقصد بالمخاطر السيادية المخاطر المرتبطة باستخدام الجهة المتعاقدة لسلطاتها بوصفها سلطة عامة، ومنها المصادرة ونزع ملكية المشروع،تعديل القوانين، زيادة الضرائب.انهاء الامتياز من جانب الحكومة....الخ.وتشير الممارسات التعاقدية إلى تحميل جهة الادارة هذه المخاطر عن طريق ادراج شرط الثبات التشريعي Clause Stabilization.[٢]

ولبيان أثر هذا الشرط في ضمان هذه المخاطر نعرض لمفهوم الشرط، وقوته الملزمة كل في فرع مستقل.

الفرع الأول
مفهوم شرط الثبات

يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي يقرر سريان القانون المعمول به وقت إبرام الاتفاق دونما نظر لما قد يطرأ في المستقبل من تشريعات، أو قرارات، أو لوائح متعلقة بالاتفاق، ومن شأنها تعديل المركز القانوني للمستثمر.وبمعنى آخر فإن شروط الثبات التشريعي تعني تخلي السلطة المتعاقدة عن حقها في تعديل النظام القانوني للعقد بإرادتها المنفردة.[٣]

---

[1] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، صـ ٣٢٠.

[2] Baker & McKenzie,
http://www.bakerinfo.com/Publications/Documents/322_tx

[3] E.Comeaux Paul. N.Stephan Kinsella. reducing political risk in developing countries.

وقد يتفق الطرفان على اعفاء شركة المشروع من الخضوع لـنص أو تشريع قائم بالفعل، وهو إن كان لا يعتبر من قبيل شرط الثبات التشريعي، بمفهومه المتقدم، إلا أنه يحقق غايته ويندرج تحت وصف التجميد التشريعي geler la legislation .[1]

ويطلق البعض على هذا النوع من الشروط "شرط عدم المساس بالعقد" Clause d'intangibilité .وإذا كان شرط الثبات التشريعي يؤدي إلى عدم تطبيق تشريع جديد أو قانون جديد على العقد المبرم في ظل قانون سابق ، فإن شرط ثبات العقد يعني عدم جواز استعمال السلطة المتعاقدة لامتيازاتها المستمدة من نظامها القانوني العام في تعديل العقد بارادتها المنفردة.[2]

وتنقسم شروط الثبات إلى تقسيمات متنوعة تبعا للمعيار المستخدم بالتقسيم،ويمكن أن نفرق بين المعايير الشكلية المستخدمة لتقسيم شروط الثبات والمعيار الوظيفي.[3]

المعايير الشكلية لتقسيم شروط الثبات التشريعي:

ويقصد بها المعايير التي تركز على المظهر الخارجي لشرط الثبات ،كالمعايير التي تستند إلى مصدر الشروط،ومضمونه...الخ.

فمن حيث المصدر الذي تستند إليه هذه الشروط يمكن أن نفرق بين شروط الثبات ذات الأصل التعاقدى تلك التي تجد مصدرها في العقد المبرم بين السلطة المتعاقدة والطرف المتعاقد معها وبين شروط الثبات ذات

انظر الموقع على الشبكة: http://www.kinsellaw.com/، أو مجلة N.Y.L.sch.J.Int'l & Comp.L.1 (1994)

1 David Nicolas, les clause de stabilitè dans les contrats petroliers, journal de droit international (JDI), 1993, P.81.

2 محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية، صـ ٧٩.

3 حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، صـ ٣٢٦.

الأصل التشريعي، أي تلك التي تستند إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد، والتي تنص على منح المستثمركافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع ضمان استمرارها حتى في حالة تعديل هذا الأخير.[1]

ومن أمثلة شروط الثبات التشريعية، نص المادة(١٤) من العقد المبرم بين دولة (توجو) وشركة مناجم (بنين) Bénin الذي قرر أنه" في الحالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية توجو المستقلة، فإن تلك الأخيرة تتعهد بأن تضمن استثناء خاصا، لصالح شركة مناجم بنين(Bénin) بالاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بمحل العقد وحقوق المناجم المقابلة الممنوحة للشركة، مالم تتمسك تلك الأخيرة بالأحكام الجديدة".[2]

ومن قبيل شروط الثبات التشريعي، ما نص عليه قانون البترول الإيراني في عام ١٩٥٧ من أن " أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه، أو في أي من مدد تجديده، لا تنطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى، ولا في خلال مدد تجديده".[3]

ومن أمثلة شروط عدم المساس بالعقد ما نص عليه اتفاق الترخيص المبرم بين شركة ليامكو والحكومة الليبية من أن "تتعهد حكومة ليبيا وجميع السلطات المحلية بأنها ستتخذ جميع الاجراءات اللازمة لتتمتع الشركة بجميع الحقوق المقررة لها بموجب هذا الاتفاق، كما تتعهد بعدم تعديل ما ورد في نصوص هذا الاتفاق ما لم يتفق الطرفان على تعديلها". كما نص الاتفاق على "تفسر أحكام هذا الترخيص وفقا لأحكام قانون البترول ولائحته

---

[1] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، صـ ٣٢٩.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة،نظرية العقد الطليق،دار النهضة العربية،١٩٨٩،صـ ٩٣.

[3] أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، صـ٩٥.

المعمول بها وقت إبرام الاتفاق، ولا تنفذ أحكام أي تعديلات تطرأ على العقد إلا بالموافقة المتبادلة بين الطرفين".[1]

ومن ناحية مضمون هذه الشروط، فإنه يمكن تقسيمها إلى شروط عامة تهدف إلى عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد، وشروط خاصة تنص على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة سواء كانت هذه التشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية.[2]

المعيار الوظيفي أو الغائي:

إلى جانب المعيار الشكلي يوجد معيار وظيفي أو غائي،يهدف إلى تحقيق غاية محددة هي اخضاع العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها إلى قانون ثابت ومحدد منذ لحظة إبرام العقد وحتى إنهائه.

ولتحقيق هذه الغاية، فإن الأطراف المتعاقدة إما أن تلجأ إلى صياغة شروط الثبات التشريعي على نحو يؤدي إلى ادماج هذا القانون في العقد ،وإما عن طريق النص على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق على هذا العقد،فالادماج إذن، من شأنه أن يحول القانون إلى شروط تعاقدية، ومن ثم يسري عليها شرط الثبات العقدي، ولكن هذا الاندماج قد يصطدم بقواعد النظام العام ، وعندئذ يتم استبعاد القانون الذى أصبح شرطا تعاقديا نتيجة ادماجه فى العقد.

ويمكن تصنيف شروط الثبات إلى :

(أ) شروط تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد:-

ويتحقق هذا الشرط بأن ينص في العقد المبرم بين السلطة المتعاقدة

Paul E.Comeaux & N. Stephan Kinsella, Reducing political risk in developing[1] countries

[2] حفيظة السيد الحداد،العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، صـــ ٣٢٩.

والمتعاقد معها،على أن يكون القانون النافذ لحظة إبرام العقد أو في وقت تنفيذه هو الحاكم للعلاقة التعاقدية، وتهدف هذه الشروط إلى منع السلطة المتعاقدة من استخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد والمساس به لصالحها.[1]

ويمكن تقسيم الشروط التي تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الذي يحكم العقد إلى نوعين من الشروط:

شروط تهدف إلى تجميد القانون دون اندماج هذا القانون في العقد، وشروط تهدف إلى تجميد القانون بادماجه في العقد.[2]

(ب) شروط الثبات، وعدم سريان التعديلات الجديدة للقانون الواجب التطبيق على العقد:

تتخذ هذه الشروط عادة صورة تعهد صادر من السلطة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي بتحصينه ضد أية تغييرات تشريعية تطرأ في المستقبل،والنص على عدم سريانها على العلاقات التعاقدية الناشئة بينهما.[3]

الفرع الثاني
جدوى شروط الثبات

اختلفت الآراء حول جدوى شرط الثبات في تحقيق الغاية المرجوه منه بين مؤيد ومعارض لهذه الشروط، الأمر الذي ترتب عليه تقرير أحكام التحكيم الالتزام بشرط الثبات تارة، ورفض الأخذ بهذه الشروط تارة أخرى، ونعرض فيما يلي للاتجاهين المختلفين، والمحاولات المبذولة لتحقيق الشرط الغاية المرجوه منه بالتوفيق بين الاتجاهات المختلفة كل في فرع مستقل.

---

[1] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، صـ ٣٣١.

[2] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، صـ ٣٣٣.

[3] حفيظة السيد الحداد،العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، صـ ٣٣٥.

الغصن الأول

الاتجاه المعارض للقوة الملزمة للشرط

ويستند هذا الرأي إلى أن شرط الثبات التشريعي يؤدي إلى تعطيل مبدأ التطبيق الفوري المباشر للقانون الجديد، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن هذه الشروط تؤدي إلى فقدان القانون لصفته القاعدية[١]. ونعرض فيما يلي تفصيلا لهذه الآثار:-

١. شروط الثبات تخالف قاعدة التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد:-

من المعلوم أن القانون الجديد يسري بأثر فوري ومباشر على كافة العقود حتى تلك التي تكون قد ابرمت في ظل القانون القديم طالما كانت قواعد القانون الجديد آمره أو متعلقة بالنظام العام، وبهذه المثابة فإن شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى السريان المستمر للقانون الذي تم للاطراف اختياره على الرغم من صدور قانون جديد، تؤدي إلى تعطيل مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد. ويبدو من الرأي المتقدم، أنه يتطلب لتحقيقه ضرورة أن تكون قواعد القانون الجديد متصلة بالنظام العام، أو تكون من القواعد الآمرة،أما القواعد المكملة، فهي لا تسري - كأصل عام -على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم، ومن ثم فهي تعد اعمالا لمبدأ التطبيق الفوري.[٢]

ومن المقرر أن سلطان الارادة ينحصر فى جواز مخالفة القواعد القانونية المكملة وحدها دون القواعد الآمرة التى تستعصى مخالفتها على ارادة الأفراد.

والتفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة يكون واضحا حينما تتضمن القاعدة القانونية نصا على بطلان كل اتفاق مخالف أو فرض عقوبة على

---

[1] نعرض لهذه الحجة لدى الحديث عن اندماج القانون في العقد.

[2] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، صـ٣٣٦ وما بعدها.

مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحا بجواز الاتفاق على عكسها، غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا تنطوى على بيان الصفة المكملة أو الآمرة للنص، وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين عملا بالمادتين ١٣٥ ، ١٣٦ من القانون المدنى على أساس معيار النظام العام l'ordre public والأداب (les bonnes moeurs) وهو معيار مسلم به فى الفقه والقضاء.

ومن المسلم به ، أن فكرة النظام العام والأداب فكرة مرنة كفيصل للتفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة من شأنها أن تصل القانون بأسباب التطور وتيسر الاستجابة لما يستجد من حالات.[1]

ولعل نص المادة ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٧ والتى تقضى بأنه " لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو قواعد العرف التجارى أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام فى مصر" يتيح للقاضى استعمال سلطته التقديرية فى الأخذ بأسباب التطور إذا استشعر حرجا فى بعض حالات تطبيق هذا النص عن طريق التفسير الضيق لفكرة النظام العام الواردة بالمادة الثانية من قانون التجارة آنف البيان، وهى فكرة مرنة تختلف باختلاف ظروف الزمان والمكان وذلك ما لم يكن النص محل التفسير مشفوعا بعقوبة على مخالفته أو النص على حظرها.

الغصن الثاني

الرأي المؤيد للقوة الملزمة للشرط

يستند هذا الرأي إلى أن تعديل العقد يؤدي إلى عدم استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين،وبالتالى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد:

وتفصيلا لما سبق، إذا صدر قانون جديد يغير من شروط تكوين مركز قانونى بعد تكوينه، فلا يمس هذا القانون التكوين وإلا كان رجعيا ، أما فى الحالة التى تحتاج المراكز القانونية فيها إلى وقت للتكوين أو

[1] حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، طبعة ١٩٧١ ، ص٤٥ : ٤٧ .

الانقضاء أو كانت تحتاج في ذلك إلى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل في وقت واحد عادة – كما في العقود الاحتمالية– وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه فلا يملك القانون الجديد إعادة النظر في عناصر التكوين أو الانقضاء التي اجتمعت وتوافرت فعلا في ظل القانون القديم،[١] ويثور التساؤل حول مدى انطباق القانون الجديد على المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم واستمرت بعد ظهور القانون الجديد.

ثار جدل في بيان الحد الفاصل بين نطاقي تطبيق القانون القديم والقانون الجديد بعد أن تكون العلاقة القانونية انعقدت ولم تنقض بعد، وانتهى الرأي الراجح إلى أن قاعدة عدم رجعية القانون توجب عدم سريان القاعدة القانونية على ما تم قبل العمل به [٢] .

- عدم تعارض شروط الثبات مع قاعدة الأثر الفوري للقانون:-

يرى جانب من الفقه أنه إذا ادرج أطراف العقد شرطا فحواه تطبيق أحكام قانون ما دون غيره على العقد وعدم سريان أية تعديلات تطرأ على ذلك القانون، فقد هذا القانون صفته القاعدية وأصبح شرطا تعاقديا كباقي شروط العقد، وأن شروط الثبات التشريعي تمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد؛ وهذا التحويل ليس إلا ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، فالأطراف المتعاقدة تستطيع استنادا لهذا المبدأ ليس فقط، استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية، بل صهر تلك القوانين في العقد ذاته بحيث لا يكون لها قوة إلا تلك التي يعطيها لها الأطراف أنفسهم.[٣]

وهذا الرأي محل نظر ذلك أنه اطلق إرادة الافراد إزاء القانون

---

[1] منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق ، ص١١٣ .

[2] منصور مصطفى منصور ، مبادىء القانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ ، ص١١٠ وما بعدها .

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص١٠٧.

وتجاهل تنوع قواعد القانون إلى آمره ومكمله بما يستتبع تفـأوت سـلطان ارادة الأفراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق.[١]

ويذهب جانب من الرأي أن الأندماج ليس هـو المـصدر الوحيـد لتجميد القانون الوطنى ، إذ أن السلطة المتعاقدة يمكنها أن تتعهـد بعـدم تطبيق التعديلات المحتملة في تشريعاتها على الطرف المتعاقد معها، وقـد أطلق جانب من الفقه على هذه الـشروط شـروط عـدم النفـاذ Clause (d'inopposibilité) والتي تحد من نطاق إعمال القوانين الجديـدة بينمـا الأصل العام أن القاعدة الوضعية لها الصلاحية لـتحكم جميـع المـسائل القانونية الداخلة في نطاق إعمالها،والتي تؤدي أيضا إلى ادمـاج القـانون الوطني للدولة المتعاقدة في العقد في اللحظة التي علم الطرف المتعاقد معها بمضمون هذا القانون،[٢] وهذا الرأي محل نظر، إذ الأصل أن الادماج هـو مصدر تجميد القوانين، وليس العكس.

ويترتب على اندماج القانون الذي اختاره المتعاقدان في العقد معاملة أحكام هذا القانون على أساس أنها شروط تعاقدية، فلا يوجـد مـا يمنـع المتعاقدين من استبعاد بعض هذه الأحكام ولو تمتعت بالصفة الآمرة.وأساس ذلك أن هذا القانون اعتبر في حكم الـشروط التعاقديـة ومـن ثـم يحـق للمتعاقدين الاتفاق على أي شروط أخرى، ولو خالفت نـصا آمـرا مـن نصوص هذا القانون، شريطة ألا تتعارض هذه الشروط والنظـام العـام لقانون الدولة المنظور فيها النزاع.[٣]

ثالثا: محاولات التوفيق بين فكرتي استقرار العقـد والتطبيـق الفـوري للقانون:-

يتضح لنا مما سبق إخفاق شروط الثبات في تحقيق الوظيفة المنوطة

---

1 حسن كيره ، المرجع السابق ، ص٤٢ .

2 حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، صـ ٣٣٩.

3 هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدوليـة، منـشأة المعـارف ١٩٩٥، صـ ١٠١ وما بعدها.

بها ، ويمكن للطرفين تضمين اتفاق المشروع نصا على الـزام السلطة المتعاقدة بأداء مبلغ معين من النقود كجزاء فى حالة إخلالها بالالتزام بشرط الثبات التشريعي وهذا الاتفاق ينطوى على جزاء فى حال اخلال السلطة المتعاقدة بالتزامها بدفع مبلغ من النقود وهو قبل كل شيء اتفاق بين طرفين يخضع لمبدأ سلطان الارادة وتسرى عليه أحكام العقود وآثارها وأخصها اعتبار العقد شريعة المتعاقدين،ومن هذا المنظور يقوم تقدير الطرفين والاتفاق على هذا المبلغ كجزاء مقام تقدير القاضى وهو ما يطلق عليه بالتعويض الجزافى (forfait) فلا يكون الدائن ملزما باثبات الضرر ويلتزم به المدين ولو لم يكن قد أصاب الدائن ضرر البته.[1]

والأخذ بمثل هذا الرأي لا يخلو من مزايا فهو من ناحية، يساعد شرط الثبات في تحقيق الدور الهام الذي يلعبه بوصفه عاملا من عوامل جذب الاستثمار، فإغفال كل أثر قانوني لهذه الشروط قد تكون عاقبته وخيمة، فبالنسبة للسياسة التي تتبعها الدول النامية التي تهدف إلى جذب الاستثمارات الأجنبية ، فإن الدور الذي يؤديه الشرط في تحديد قيمة التعويض المستحق للطرف المتعاقد معها، يساعد علي تحقيق هذه السياسة.

وتضمين العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي نصوصا واضحة ومحددة علي نحو كاف بشأن كيفية حساب قيمة التعويض المستحق للطرف المتعاقد معها، يؤدي إلى تجنب الكثير من المشاكل التي قد تثور في حالة عدم وجود هذه النصوص. وكقاعدة عامة، يمكن ربط قيمة التعويض المستحق للطرف المتعاقد بالوقت الذي تم فيه مخالفة الشرط، فإذا تمت المخالفة بعد فترة معقولة من تشغيل المشروع بحيث يكون قد حقق أرباحا كافية ،فإن هذا المشروع سيقتنع بالاتفاق علي قيمة تعويض تكون أقل من تلك التي سيطالب بها في حالة عدم دخول المشروع مرحلة الاستغلال التجاري.[2]

---

[1] سليمان مرقص، أحكام الالتزام ، دار الجامعات المصرية للنشر ، طبعة ١٩٥٧، ص١٣٧.
[2] حفيظة الحداد، مرجع سابق، صـ ٣٩٩.

وترتيبا علي ما تقدم، فإن شركة المشروع كثيرا ما تفضل تضمين العقد شروطا تحدد التعويض الجابر للضرر فى حال مخالفة شرط الثبات بواسطة السلطة المتعاقدة قبل الميعاد المحدد ، بديلا عن تضمين العقد شرطا ملزما بعدم المساس بالعقد. وهو بديل مقبول على اعتبار أن شرط الثبات يهدف إلى حسر دور الدولة ومنعها من المساس بالعقد وتحول هذه الشروط إلى مجرد وظيفة مالية تنحصرفى تحديد قيمة التعويض المستحق للطرف المتعاقد مع الإدارة[1].

وقد أفرز الواقع العملى العديد من الشروط التى تمكن اطراف التعاقد من مراجعة أحكام العقد وتطويعه على أثر تعرضه لظروف خارجية اثرت بشكل أو بآخر فى تنفيذه: ومن أمثلة هذه الشروط شرط الإبقاء على القيمة على أساس مؤشر أو أكثر، وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة، والهدف من هذه الشروط تعديل بنود العقد دون تدخل اطرافه . ومنها ايضا شروط مراجعة العقد التى تهدف إلى إعادة تعديل بنود العقد عن طريق إعادة التفأوض بين الاطراف ، ومنها شرط إعادة التفاوض hard ship ، وشرط القوة القاهرة.[2]

كما تقر الكثير من القوانين الوضعية الوطنية الغربية بفكرة تغير العقود وتعديلها نظرا لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية المحيطة بها ،فالقانون الفرنسي يعرف نظرية الظروف الطارئة l'imprévision التي تجيز للأطراف إعادة التفاوض عند اختلال المراكز التعاقدية.[3]

أما المشرع المصرى فقد نص فى المادة ١٤٧ / ٢ مدنى على انه " مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ،

---

[1] حفيظة الحداد، مرجع سابق، صـ ٤٠٠.

[2] شريف غنام ، اثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة ٢٠٠٠ ، ص٥ وما بعدها.

[3] حفيظة الحداد، مرجع سابق، صـ ٣٦٣.

وترتب على حدوثها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك" فالمشرع المصرى يجيز للقاضى سلطة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين ، كى يرد الالتزام إلى الحد المعقول.[١]

المطلب الثالث
الضمانات المتعلقة بالمنتج وتسويقه

تقديم :

قد تواجه شركة المشروع مخاطر تتعلق بانتاج وتسويق الخدمة طبقا للمواصفات المتفق عليها، إما لعدم توافر المدخلات اللازمة لعملية الانتاج، وإما لطروء صعوبات خاصة بتسويق الخدمة متمثلة فى صيرورة الطلب على الخدمة أقل مما كان مقدرا وفقا لدراسات جدوي المشروع.

وللتخفيف من هذه المخاطر عادة ما تبرم شركة المشروع اتفاقا مع مورد المدخلات يسمى اتفاق التزويد أو الدفع (supply or pay) ، كما تبرم مع السلطة المتعاقدة اتفاقا بضمان شراء المنتج، وهو ما يسمى باتفاق شراء الخدمة offs take agreement). ونعرض فيما يلي لمفهوم اتفاق التزويد أو الدفع واتفاق شراء الخدمة، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول
اتفاق التزويد أو الدفع

هو عقد تلتزم بمقتضاه السلطة المتعاقدة بتزويد شركة المشروع دوريا بالمدخلات اللازمة بتشغيل المنشأة، مقابل ثمن متفق عليه، فهذا

---

[١] شريف غنام ، مرجع سابق ، ص٥١ .

الاتفاق يجنب شركة المشروع مخاطر انقطاع توريد المواد الخام اللازمة للتشغيل وفاءً لالتزام السلطة المتعاقدة بامداد شركة المشروع بالمواد الخام بصورة منتظمة[1]، وبحصول شركة المشروع علي المدخلات، يكون في مكنتها انتاج الخدمة.

ويلاحظ أن اتفاق الشراء أو السداد واتفاق التزويد أو الدفع متلازمان ومتكاملان، بمعنى أنه يشترط لنفاذ اتفاق الشراء حصول شركة المشروع على الموافقة المسبقة والتراخيص اللازمة لسريان اتفاق التوريد،[2] وهو ما يستشف من نص المادة الثانية من اتفاق محطة كهرباء سيدي كرير حيث جاء:

" لا تصبح التزامات الطرفين المترتبة على هذه الاتفاقية نافذة إلا إذا أصبحت كل من اتفاقية توريد الوقود واتفاقية حق الانتفاع وضمان البنك المركزي نافذة".[3]

وترتيبا على ذلك، إذا كان المشروع هو انتاج الغاز مثلا فإن شركة المشروع تبرم اتفاقا مع مورد الوقود وتقوم ببيع الغاز المنتج لجهة الادارة، وتتحمل الادارة تكلفة توزيع وتسويق المنتج، وبذلك تتفادى شركة المشروع مخاطر تسويق السلعة أو الخدمة عن طريق ضمان السلطة المتعاقدة لعملية الشراء.[4]

---

[1] Abd el Baki Samy,Op.cit.p375.

[2] Blancard Patrick, montage contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les états en development, RDAI, No 4/5, 1998, p.430.

[3] هاني سري الدين، التنظيم القانوني لمشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ٤٢٩.

[4] Elsey Mark & Philip Hurst, Supply off take contracts, in privately financed concession contracts. Op.cit, p.163.

الفرع الثاني

اتفاق شراء الخدمة

يشكل اتفاق شراء الخدمة المبرم بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع ضمانة أساسية للأخيرة، في مواجهة احتمالات ضعف الطلب على الخدمة. وللوقوف على الدور الذي يلعبه اتفاق شراء الخدمة نعرض لمفهوم الاتفاق وخصائصه في **(غصن أول)**، ثم نتبعه بتقدير مدى أهمية الاتفاق بالنسبة لشركة المشروع في **(غصن ثان)**.

الغصن الأول

مفهوم اتفاق شراء الخدمة وخصائصه

اتفاق شراء المنتج(off–take agreement) هو ذلك الاتفاق الذي بموجبه تلتزم السلطة المتعاقدة أو غيرها من السلطات العامة الأخري بشراء السلعة أو الخدمة محل التعاقد بسعر متفق عليه مع شركة المشروع، ويشمل ثمن السلعة نوعين من المدفوعات: تكلفة الانتاج، تكلفة الاستهلاك الفعلي[١].

وأبرز ما تظهر فيه الحاجة إلى اتفاق شراء الخدمة اطار مشروعات انتاج الطاقة الكهربائية ،وكذا العقود المتعلقة بالاتصالات والطرق العامة.[٢]

وقد جري العمل علي أن تتم عملية الشراء باستخدام صيغة (take or pay) اي الشراء أو السداد. وبمقتضي هذه الصيغة تلتزم السلطة المتعاقدة بشراء حد أدني من السلعة أو الخدمة بسعر محدد ،فإذا لم تشتر الحد الأدني ،فإن عليها التزاما بسداد كامل الثمن،[٣] فالغرض إذن هو ضمان

---

[1] دليل الإونسيترال التشريعي، مرجع سابق، صـ ١٤٠.

[2] Abd el Baki Samy.opcit,p385.

[3] A.Huse Joesph. Op.cit, p.435.

حد أدني للتدفقات النقدية لشركة المشروع علي نحو يؤمن لها سداد أصل الدين وفوائده.[1]

وعلي ذلك يختلف اتفاق الشراء والسداد take & pay، عن اتفاق الشراء أو السداد Take or pay: فالأول، يفرض علي السلطة المتعاقدة سداد قيمة الخدمة التي تتحصل عليها بصفة فعلية، أما الثاني فيفرض عليها سداد قيمة الخدمة المتفق عليها سواء تسلمتها كلها أو بعضها، فالتزام السلطة المتعاقدة في صيغة (Take or pay) الشراء أو السداد هو التزام مجرد.[2]

وعادة ما ينص في بنود اتفاق الشراء أو السداد علي مضمون الالتزام إجمالا، كان ينص علي "يضمن الطرف الأول (السلطة المتعاقدة) للطرف الثاني شركة المشروع حصوله على مقابل ٧٥% من الطاقة المنتجة، فإذا أوفى الطرف الثاني بالتزامه التزم الطرف الأول بأن يودع في حساب الطرف الثاني المبلغ المتفق عليه"[3] .

وقد ينص الاتفاق على مضمون الالتزام تفصيلا،بأن يوضح الاتفاق مقدار المنتج، وثمنه، وكيفية السداد وأثر القوة القاهرة على الالتزام لمنع وقوع المنازعات حول تفسير الاتفاق مستقبلا.ومثال ذلك ما جاء بالبند ١/١/د من اتفاق ميناء دمياط من أنه :

" من المتفق عليه أن الحد الأدنى للانتاج الذى تتم المحاسبة عليه هو ثلاثة ملايين طن مترى سنويا بحيث تتم المحاسبة على أساس فئة الزيادة (0.5) دولار أمريكى فى حالة تجاوز الحد الأدنى للانتاج كل أربعة أشهر أو نهاية السنة المالية ايهما اقرب ، وإذا نقص حجم الانتاج عن تلك الكمية تتم المحاسبة وفقا للحد الأدنى المقرر" .

---

[1] هاني سري الدين، كتاب الأهرام الاقتصادي، صـ ٤٤ وما بعدها.

[2] Abd el Baki Samy. Op.cit. p.385et s.

[3] Dessault François. Op.cit.p.6.

وكذلك ما جاء بالبند ٢-٤ من نفس الاتفاق من أنه إذا " اتفق الطرفان على أن الحد الأدني للانتاج الذي سيتم المحاسبة عليه هو ثلاثة ملايين طن سنويا، وإذا نقص حجم الانتاج عن تلك الكمية تتم المحاسبة وفقا للحد الأدني المقرر عدا حالة كون النقص راجعا إلى القوة القاهرة".[1]

يبين من النصوص السابقة أن المحاسبة تتم على أساس الحد الادنى للإنتاج لمشروع ميناء دمياط البترولى (وهو ثلاثة ملايين طن) بغض النظر عن الانتاج الفعلى فى حالة نقصه عن هذا الحد ، ومن الفقهاء من يحبذ هذا الاتجاه الأخير علي سند من الرغبة في درء احتمالات المنازعة بين الطرفين إذا اقتصر الاتفاق علي مضمون الالتزام.[2]

يتضح لنا مما سبق أن اتفاق الشراء أو السداد يتسم بالخصائص التالية:

١. **التزام السلطة المتعاقدة بدفع المبلغ هو التزام مجرد :**

فالسلطة المتعاقدة تلتزم بالسداد في جميع الأحوال ،سواء تم استعمال الخدمة من عدمه أو في حال وقوع القوة القاهرة و هو ما يعبر عنه بشرط "exclusion of defense"[3].

ويعمد الأطراف للتخفيف من صرامة الالتزامات الناشئة عن عقد الشراء أو السداد إلى ادراج شرط إعادة التفاوض، وهذا الشرط مقرر لصالح كل من طرفي التعاقد . فإذا كان المشروع مقاما في دولة تكثر فيها مخاطر تقلب الأسعار، فإن شرط إعادة التفاوض يعيد التوازن لالتزامات البائع والمشتري الناشئة عن تغير قيمة العملة.[4]

---

[1] الجريدة الرسمية – العدد ١٤، ٥ ابريل ٢٠٠١، صـ٥٠٧

[2] Dessault Françoise, Op.cit, p. 6.

[3] Sermat Marcel, financement de grandes projets,Banque,1983,p.184.

[4] Abd el Baki Samy ,Op.cit,p.388;

ويذهب رأي أخر،[1] إلى عدم مشروعية هذا الالتزام، في ظل العائلة القانونية اللاتينية لافتقاده إلى عنصر السبب،وهو ركن أساسي في الالتزام .فكما رأينا تلتزم السلطة المتعاقدة بالسداد ولو لم تتسلم المنتج.

وهذا القول غير سديد: فالسلطة المتعاقدة تبغي تحقيق هدف رئيسي ألا وهو نجاح المشروع وتقديم الخدمة، كما أن تقرير هذه الضمانة يمكن شركة المشروع من استرداد الائتمان ، فالسلطة المتعاقدة عندما قبلت الالتزام بشروط التعاقد كانت تستهدف تشجيع الاستثمار الأجنبي وتحقيق التنمية والحصول علي تكنولوجيا عالية لتشغيل هذه المشروعات، ومن ثم فان التزامها بالشراء أو السداد ليس مجردا من السبب.هذا فضلا عن أنه ، لا يوجد ما يمنع أن يكون المقابل غير مساو لقيمة الالتزأمات طالما أنه متفق عليه وطالما أنه معين.

وأخيرا ،فإذا كانت القاعدة وجوب أن يكون للالتزام سبب، فإن قوانين العائلة اللاتينية تعرف فكرة التجريد ،وإن كانت تطبيقاتها محددة في حالات علي سبيل الحصر،ومنها علي سبيل المثال التزام البنك قبل المستفيد في الاعتماد المستندي والتزام الضامن قبل المضمون في الأوراق التجارية وخطاب الضمان ، إلا أن ذلك لا يمنع من الأخذ بفكرة التجريد إذا اقتضت ظروف المعاملات تحقيق القدر اللازم من الضمان.

٢. الوفاء قبل حلول أجل الاستحقاق:-(avance paiement)

بموجب هذا الشرط تلتزم السلطة المتعاقدة بدفع مبلغ لشركة المشروع بمجرد الطلب وفي أية لحظة في الحالة التي يكون فيها العائد غير كاف للوفاء بديون شركة المشروع.فهذا الشرط مقرر لصالح البنوك المقرضة ،ويتم ذلك عن طريق عقد حوالة شركة المشروع حقوقها قبل السلطة المتعاقدة المستمدة من عقد الشراء أو السداد لصالح البنوك المقرضة ، أو حوالة تتضمن أمرا بالخصم من الحساب.[2]

---

[1] Abdel Baki Samy ,Op.cit,p.391;et.s.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p389.

الغصن الثاني

تقدير الاتفاق علي شراء الخدمة

يمثل اتفاق شراء الخدمة المبرم بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع أحد صور الدعم الحكومي المقدم لشركة المشروع.وللاتفاق أهمية بالغة لكل من جماعة المقرضين وشركة المشروع.

فبالنسبة لجماعة المقرضين يضمن الاتفاق،من ناحية، استقرار سعر الخدمة: فالهدف الرئيسى من اتفاق الشراء هو التيقن من كفاية الثمن في تغطية قيمة الاستثمار، وتحقيق الجدارة الائتمانية للمشروع، كما أن من شأن كون الالتزام بالشراء غير مشروط، أن يسمح للبنوك المقرضة استرداد جميع مستحقاتها وتجنب مساوئ الضمان التقليدي، لأن الالتزام بالسداد لا يرد عليه أية استثناءات.[1]

كما يضمن،من ناحية أخرى، سداد ما على شركة المشروع من دين، حيث يستخدم العائد الناتج عن تسويق السلعة أو الخدمة في تغطية ديون المشروع، وذلك عن طريق حوالة شركة المشروع لبعض حقوقها في العائد لمؤسسات التمويل (المقرضين)، وقد ينص في اتفاق الشراء علي تقرير حق أولوية لجماعة المقرضين لضمان سداد الدين، أو علي أن الفائض الناتج عن التسويق يوضع في حساب خاص لخدمة الدين الذي لم يحل أجله.[2]

وأخيرا فإن هذا الاتفاق يتيح للبنوك المقرضة حماية كافية ضد مخاطر عدم قدرة المشروع على تحقيق العائد المتوقع، ففي بعض الأحيان لا تفلح دراسة الجدوى في الوقوف على كفاءة المشروع بصورة كاملة عندما يتعلق الأمر برغبات وسلوك مستعملي أومشتري المنتج أو الخدمة.

---

[1] Abd el Baki Samy. Op.cit. p.393.

[2] Unido BOT Guide lines. Op.cit. p.62; François Dessault. L'obligation d'achats dans certain contrats internationaux de fornitures RDAI /Iblj. n1, 1998. p.5.

فعلى سبيل المثال، رفض رواد الطريق في مدينة Lyon بفرنسا دفع رسوم الطريق عندما رفعت شركة المشروع قيمة الرسوم، حين وجدت أن العوائد غير كافية فى تغطية قيمة الاستثمار.وتتوسل شركة المشروع لتجنب هذه المخاطر بالنص في اتفاق الشراء على حصول شركة المشروع على حد أدني من التدفقات النقدية.[1]

أما بالنسبة لشركة المشروع، فهو يضمن لها، من جهة ، الحصول على نفقات التشغيل والصيانة ، واسترداد رأس المال المستثمر، وهى عناصر تؤخذ في الاعتبار عند حساب تكلفة تشغيل المنشأة واجراء أعمال الصيانة اللازمة لاستمرارية هذا التشغيل.[2]

كما يجنبها، من جهة أخرى ، الجزاءات التعاقدية :فبموجب شرط السداد المسبق لا يثبت للسلطة المتعاقدة الحق في التمسك بالدفوع الخاصة بعدم التنفيذ فى مواجهة شركة المشروع، كما يتقرر لشركة المشروع الحق في الحصول على تعويض عن الضرر الواقع بسبب عدم تنفيذ السلطة المتعاقدة لالتزامها بشراء الخدمة محل المشروع.[3]

ومع ذلك، فقد يخفق اتفاق شراء الخدمة في أداء دوره نظرا لما يعتريه من صعوبات ؛ كشف عنها العمل:-

فقد تحصل شركة المشروع علي قرض من بيوت التمويل بالعملة الأجنبية منذ بداية التشغيل ويتم سداد ثمن شراء المنتج بذات العملة، وكثيرة هي عوامل تقلبات سعر الصرف في الدول النامية بحيث يسفر السداد بالعملة الأجنبية عن حالة من التضخم قد يدفع الدولة إلى طلب إعانات لعلاجه، هذا فضلا عن الصعوبات التى تتعلق بتحويل الأرباح بالعملة

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.395

[2] Unido BOT Guide lines, Op.cit, p.62; François Dessault, L'obligation d'achats dans certain contrats internationaux de fornitures RDAI /Iblj, n1, 1998, p.5.

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.397et s.

الأجنبية إلى خارج الوطن في الدول التي لا تسمح تشريعاتها بذلك، ففي هذه الأحوال يتفق الطرفان علي أن تكون عملة السداد (بالدولار) هي العملة التي استخدمت في منح القروض[1].

كما يواجه الاتفاق صعوبات فنية لدى تطبيق أحكام القانون المصري أو القانون الفرنسي تحول دون تحقيقه للغاية المرجوة منه:-

فمن المعلوم أن القانون المدني المصري والفرنسي في المادتين ٢٢٤ مدني مصري، ١١٥٢ مدني فرنسي يعطي للقاضي الحق في انقاص قيمة الشرط الجزائي إذا كان مغالا فيه ويبطل كل اتفاق مكتوب يقضي بغير ذلك.

كما لا يجوز الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض في حالة التخلف عن تنفيذ الالتزام ،أما مجرد التأخير في التنفيذ فإنه يعطي الدائن الحق في الحصول علي التعويض ،ولا تقتصر أحكام هذه المباديء علي القانون الوضعي الوطني فحسب بل هي مأخوذ بها في اطار العقود الدولية.[2]

ويرى الباحث سلامة النظر المتقدم ذلك أنه ولئن كان اتفاق شراء الخدمة هو محض ضمان لمواجهة المخاطر المتصلة بتسويق المنتج، و لا علاقة له بالمسئولية عن الاخلال بالالتزأمات، غير أنه في الحالة التي يتضمن فيها العقد إلى جانب اتفاق شراء الخدمة نصا على شرط جزائي في حالة الاخلال بهذا الاتفاق، فإن الطرفين يكونان قد أفصحا عن إرادتهما في إعمال أثر هذا الشرط عملا بالمادتين ١٢٢٩ مدني فرنسي، ٢٢٤ مدني مصري .

---

1 W.Stein Stephen. ICLR. Op.cit. p.108 et s.

2 Dessault François. Op.cit. p. 13.

وكذا راجع سليمان مرقص، أحكام الالتزام ، مرجع سابق، صـ١٤٨.

المطلب الرابع
سن وتفعيل تشريعات الاستثمار

من المؤكد أن لضمانات وحوافز الاستثمار التي يقررها المشرع للمستثمر أثرا قويا في الحفز علي اقامة المشروع، إذ أنه يطمئن المستثمر على حصوله على قيمة الاستثمار.

وعادة مايؤخذ الإعفاء الضريبي في الاعتبار عند إعداد دراسة الجدوي الاقتصادية للمشروع حيث يمثل الاعفاء الضريبي دخلا صافيا للمشروع، يقدر بمقدار حصيلة الضريبة التي يتعين عليه دفعها في غياب الاعفاء، كما أن الاعفاء الضريبي يغطي جزءا مهما من تكلفة المخاطر التي يتعرض لها المشروع منذ بداية النشاط.[1]

ونعرض فيما يلي للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار وما أتي به من ضمانات تتيح لشركة المشروع استرداد الائتمان.

١- حظر التأميم والمصادرة:-

تنص المادة الثامنة من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ علي أنه" لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت ،أو مصادرتها".[٢]

والملاحظ أن المشرع قد قرر عدم جواز التأميم أو المصادرة مطلقا سواء عن طريق القضاء أو بالطريق الاداري دون أية قيود أو استثناءات.[٣]

ويذهب جانب من الرأي إلى، عدم تعارض المادة المذكورة مع المادتين

---

[1] السيد عبد المولي، الوجيز في التشريعات الاقتصادية، الطبعة الثالثة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، صـ ١٧٣.

[2] الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر)، مايو ١٩٩٧، صـ ٧.

[3] مختار عبد الحكيم طلبه، تطور التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية، صـ ٢٠٠٠، صـ ٦٧.

٣٥ و٣٦ من الدستور المصري واللتين تنصان على أنه لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ومقابل تعويض (م ٣٥من الدستور المصري)، وأنه "لا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي" (م ٣٦) وهو ما يفيد جواز التأميم والمصادرة - طبقا للدستور- مع مراعاة الضوابط المشار إليها سلفا،إذ إن الدستور في مادته الخامسه والثلاثين حدد الضوابط التي يجوز معها التأميم، وهي ضوابط ثلاثة:

اعتبارات الصالح العام، واصدار قانون، وأخيرا، أن يكون التأميم مقابل تعويض، ولكن ذلك لا يقيد من حق المشرع في التشديد على حماية الملكية الخاصة وحظر التأميم بمقتضى نص في القانون في حالات معينة يرى في حمايتها ما يتحقق به الصالح العام وفق الدستور .[1]

وقد اختلفت أحكام التحكيم حول أثر التأميم على المنشأة الخاصة في حال حظر الاتفاق على التأميم: ففي قضية (Texaco) ضد ليبيا، قامت الحكومة الليبية بتأميم عدد من شركات البترول منتهكة أحكام اتفاق الامتياز المبرم بينها وبين تلك الشركات بالرغم من احتواء اتفاق الامتياز على شرط الثبات. فأصدرت هيئة التحكيم حكمها برد الملكية التي انتزعتها الحكومة واستندت في حكمها إلى شرط الثبات المنصوص عليه في اتفاق الامتياز، وأكدت المحكمة أن ما انتهت إليه كان الجزاء الطبيعي لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وفي النزاع بين (Liamco) ضد ليبيا قضت هيئة التحكيم بأن قرار الحكومة بالتأميم يشكل خرقا للاتفاق المبرم بينهما، وقررت التزام الحكومة الليبية بدفع مبلغ ثمانين مليون دولار كتعويض عما لحق الشركة من ضرر لقيام الدولة بالتأميم، إلا أنها لم تقرر التعويض عما فات الشركة من كسب، وعلى ذلك لم يستحق المستثمر تعويضا كاملا عمالحقه من خسارة، واستندت المحكمة في حكمها إلى أن مخالفة نص الثبات في العقد

---

[1] هاني سري الدين، كتاب الأهرام الاقتصادي، مرجع سابق، صـ ٨٦.

يشكل اخلالا به يستوجب المسئولية العقدية[1].

والملاحظ علي الحكمين السابقين اتفاقهما على أن شرط عدم التأميم إذا ما تم الاتفاق عليه في العقد يشكل التزاما يقع علي عاتق السلطة المتعاقدة تنعقد به مسئولياتها التعاقدية عند المخالفة، إلا أنهما اختلفا حول الجزاء المترتب علي ذلك. فبينما انتهي حكم التحكيم في قضية (Texaco) إلى القضاء بتعويض عيني يتمثل في رد ملكية العقار محل التأميم إلى الشركة المالكة ، قرر حكم التحكيم في قضية (Liamco) بتعويض الشركة عما فاتها من كسب والتفت عما لحقها من خسارة.

٢. حظر فرض الحراسة بالطريق الاداري:-

تنص م (٩) من ذات القانون علي أنه " لا يجوز بالطريق الاداري فرض الحراسة علي الشركات والمنشآت أو الحجز علي أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها."[2]

يعد هذا النص تأكيدا لما نص عليه الدستور المصري في المادة ٣٤ منه حيث قرر:-

" الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون"، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا علي هذا المبدأ في حكمها الصادر في الدعوي رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق دستورية ،بجلسة ٥/ ١٠ / ١٩٩٦ بقولها:" فرض قيود علي الأموال عن طريق حراستها لا يكون إلا من خلال الخصومة القضائية فصلا في جوانبها وإلا كان تحميل المال بها في غيبتها عملا مخالفا لنص م

---

[1] Paul E. Comeaux & N. Stephan Kinsella, reducing political risk in developing countries.

[2] الجريدة الرسمية، العدد ١٩(مكرر) مايو ١٩٩٧، صـ ٧.

(٣٤) من الدستور".[1]

كما أكد مجلس الدولة المصري علي ذات المبدأ – في ظل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ – حيث انتهي رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتـوي والتشريع إلى "عدم جواز قيام مصلحة الضرائب بتوقيع الحجز الاداري علي أموال الشركة الاستثمارية المنشأة وفقا لأحكام القانون رقـم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ وفاء لمستحقاتها لديها".[2]

٣) عدم الخضوع للتسعير الجبري أو تحديد الأرباح:-

تقضي م (١٠) من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ،بأن "لا يجوز لأية جهة إدارية التدخل في تسعير منتجـات الـشركات والمنـشآت أو تحديـد ربحها."[3]

ونصت المادة الأولى على " تسرى أحكام هذا القـانون علـى جميـع الشركات والمنشآت أيا كان النظام القانونى الخاضع له تنشأ بعد تاريخ العمل به".

وقد كان قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لـسنة ١٩٨٩ يـنص علـي ذات الضمانة دون أن يميز بين مشروعات القطاع الخاص التي تعمل فـي القطاع ذاته، وتلك التي تنشأ خارج نطاق قانون الاستثمار؛ حيث ألـزم جهات الادارة بعدم فرض أية أعباء أو التزامات مالية أو غيرها علـي المشروعات بصورة تؤدي إلى عدم المساواة بـين شـركات القطـاع الخاص المختلفة.

وهذا المسلك أثار الشك حول دستورية المادة العاشرة من القانون الحالى لإخلاله بقاعدة المساواة في المعاملة التـي كفلهـا الدسـتور، فـبعض المشروعات لها الحرية في تحديد أسعار منتجاتها دون الالتزام بقرارات

---

[1] الطعن رقم ١٧ لسنة ١٨ق، جلسة ١٩٩٧/٥/٣مكتب فني ٨.

[2] فتوي رقم ٨٥ – جلسة ١٩٨٩/١/٤– ملف رقم ٤٧ / ٣٧٥/٣.

[3] الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر)، صـ ٧.

السلطة العامة، وبعضها الآخر عليه الالتزام بهذه القرارات.[1]

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في قضائها، حيث قررت أن " التمييز في الأعباء بين الشركات التي يحكمها قانون الاستثمار وتلك التي تخرج عن مجال تطبيق هذا القانون، وذلك في مجال القواعد التي فرضها لمحاسبة كل منها عن مسحوباتها من المواد البترولية،فعلي نقيض أولاها التي تحمل بالسعر العالمي عن البترول المورد إليها ،فإن ثانيهما لا تتقيد بغير السعر المحلي على هذه المواد ذاتها. ويعتبر هذا التمييز - بمحتواه - مقصودا، ومخالفا كذلك للدستور من حيث الواقع(de facto) ومن حيث القانون (de jure).[2]

وقد تدارك المشرع هذا الأمر فى المادة السابعة من القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٥ بشأن تعديل بعض أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ حيث نصت على انه " تتمتع الشركات المؤسسة وفقا لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والشركات المؤسسة وفقا لأحكام قانون التجارة بالضمانات والحوافز الواردة فى المواد من ٨ إلى ١٣ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ . ".

ولا يخل نص المادة العاشرة من القانون سالف الذكر بجواز اتفاق الجهة الإدارية المتعاقدة مع شركة المشروع علي شراء المنتج أو الخدمة بسعر معين. فاتفاقية الشراء في هذه الأحوال تعتبر بمثابة اتفاقية أو عقد توريد ولا تخضع لهذا الحظر.

---

[1] السيد عبد المولى، الوجيز في التشريعات الاقتصادية، مرجع سابق، صـ ١٦٧.

[2] الطعن رقم ١٧ لسنة ١٨ ق دستورية، بجلسة ١٩٩٧/٥/٣، مكتب فني ٨.

ويذهب جانب من الرأي[1] إلى أن حظر التدخل في تسعير منتجات الشركة الخاضعة لأحكام قانون الاستثمار لا يخل بحق الجهات الادارية وبخاصة الرقابية منها أو التنظيمية في وضع اسس ومعايير لتحديد تعريفة أسعار تقديم الخدمة للجمهور طالما أن ذلك يتم في ضوء اللوائح والقوانين الادارية الخاصة بالمرفق ككل دون تفرقة بين الشركات والهيئات التي تقوم بتقديم الخدمات المختلفة بالمرفق. والقول بغير ذلك يؤدي إلى المساس بقواعد المنافسة واهدار مصالح صغار المستهلكين ومستخدمي الخدمة.

ويقضي القانون كذلك بحظر تحديد أرباح الشركة أي بتقرير حد أقصي للأرباح التي تدرها الشركة، وهذا النص يتضمن تعديلا لأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة والذي يحظر زيادة أرباح الشركة أو الملتزم عن ٣٠% في العام الواحد متي كانت شركة المشروع منشأة وخاضعة لأحكام قانون الاستثمار.

٤) عدم جواز إلغاء الانتفاع بالعقار:-

تنص م (١١) علي أنه " لا يجوز لأية جهة إدارية الغاء أو ايقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التي رخص بالانتفاع بها للشركة أو المنشأة ،كلها أو بعضها،إلا في حالة مخالفة شروط الترخيص".

ويصدر قرار الالغاء أو الايقاف من رئيس مجلس الوزراء بناء علي عرض الجهة الادارية المختصة ولصاحب الشأن الطعن في هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلانه أو العلم به."[2]

يتضح لنا أن المشرع في القانون الجديد اكتفي لالغاء الترخيص بالانتفاع بالعقارات جزاء مخالفة الشركة أو المنشأة لشروط الترخيص دون أن يتطلب أن تدخل الشركة أو المنشأة دائرة الحالات التي تلغي

---

[1] هاني سري الدين، كتاب الأهرام الاقتصادي، مرجع سابق، صـ ٨٧ وما بعدها.

[2] الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر) ، صـ ٧.

فيها الموافقة علي المشروع، كما كان يتطلب القانون القديم لالغاء الترخيص بالانتفاع.

من جهة اخري ،جعل القانون الجديد قرار الإلغاء أو الايقاف يصدر من مجلس الوزراء وهي ضمانة إضافية للشركات والمنشآت الاستثمارية الخاضعة لأحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧.[1]

وأخيرا ، أتاح المشرع لصاحب الشأن الطعن علي القرار خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلانه أو العلم به أمام محكمة القضاء الاداري بالقاهرة بحسبانها المحكمة المختصة. ويعد هذا الميعاد خروجا عن القواعد العامة المقررة بالمادة (٢٤) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والتي تنص علي أن " ميعاد رفع الدعوي أمام المحكمة (محكمة القضاء الاداري والمحاكم العادية) فيما يتعلق بطلبات الالغاء ستون يوما من تاريخ نشر القرارالاداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن".[2]

٥) الحق في تملك العقارات:-

تنص م (١٢) علي هذه الضمانة فتقرر "يكون للشركات والمنشآت الحق في تملك أراضي البناء والعقارات المبنية اللازمة لمباشرة نشاطها والتوسع فيه ،أيا كانت جنسية الشركاء أو محال اقامتهم أو نسب مشاركتهم".[3]

وعلي ذلك فقد أطلق القانون الجديد حق الشركات والمنشآت في تملك البناء والعقارات دون انتظار أي موافقة من أي جهة ادارية ،في حين علق قانون الاستثمار الملغي رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ هذا الحق علي موافقة الهيئة العامة للاستثمار.[4]

---

[1] مختار طلبه، مرجع سابق، صـ ٦٩.

[2] هاني سري الدين، مرجع سابق، هامش صـ ٨٨.

[3] الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر)، صـ ٧.

[4] مختار طلبه، مرجع سابق، صـ ٧١.

٦) عدم الالتزام ببعض أحكام قانون الشركات:-

نظرا لأن القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة، يتضمن بعض الأحكام التي تعتبر انعكاسا للاقتصاد الاشتراكي والتوجهات الاشتراكية التي تتعارض وفلسفة اقتصاد السوق ومايرمي إليه المشرع من تشجيع الاستثمار، جاء نص م(١٧) من القانون رقم ٣ لسنة١٩٩٨بشأن تعديل بعض أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ معبرا عن هذا المعني، فبعد أن كان تأسيس شركة المساهمة يستلزم الحصول علي الترخيص الحكومي اكتفي المشرع بإخطار الجهة الادارية المختصة بانشاء الشركة، ولا شك أن هذا المنحي الذي تبناه المشرع المصري قصد به مواكبة المتغيرات الهيكلية التي طرأت علي الاقتصاد المصري وتحويله إلى اقتصاد حر ،بما يستتبعه من إزالة كافة المعوقات التي تعترضه والقيود التي تكبله كما قصد التمشي مع سياسة الخصخصة، وأخيرا تشجيع استثمار رؤوس الأموال الوطنية والاجنبية اللازمة لعملية التنمية الاقتصادية.والحق أن هذا المنحي ينطوي علي خطورة بالغة لما يؤدي إليه من عدم تمكين جهة الإدارة من التأكد من سلامة إجراءات التأسيس وجدية المساهمين في تكوين تلك الشركات التي تلعب دورا هاما في تنمية الاقتصاد القومي .[1]

ثم صدر القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل بعض أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وقانون ضمانات

---

[1] محمد فريد العريني،القانون التجاري ،شركات الاموال،دار المطبوعات الجامعية ،٢٠٠١، ،ص٢٥١ وما بعدها.

وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٨ لسة ١٩٩٧ والذى يقرر في مادته الثالثة إضافة مادة جديدة للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ برقم ٢٩ مكرر تنص على أنه:" يجوز الترخيص بتحويل الشركات والمنشآت المقامة داخل المناطق الحرة العامة والخاصة للعمل بنظام الاستثمار الداخلي، على أن تعفى الشركات والمنشآت التي يتم تحويلها من سداد أية ضرائب أو رسوم جمركية عما استوردته من معدات وآلات وأجهزة وخطوط انتاج أجزائها وقطع الغيار التي يقتضيها النشاط بنسبة ما يتم اهلاكه منها وبشرط مرور١٢ شهرا على تاريخ مزاولتها للنشاط أو بدئها للانتاج داخل المنطقة الحرة".[1]

ومن الضمانات التي قررها المشرع في ظل القانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٥ جواز الانابة بين أعضاء مجلس الادارة تفاديا لتعويق أعمال المجلس بسبب تقاعس الأعضاء الأصليين وتغيبهم، حيث نص في المادة ٧٧ /٤ علي " مع مراعاة حكم الفقرة السابقة يجوز أن ينوب أعضاء المجلس عن بعضهم في حضور الجلسات بشرط أن تكون الإنابة مكتوبة ومصدقا عليها من رئيس المجلس.

ورغبة من المشرع في التسوية بين الشركات العاملة في مصر، وحفز الاستثمارات الأجنبية وتحفيزها على القدوم لمصر، لم يتطلب تمتع أغلبية أعضاء مجلس الادارة بالجنسية المصرية، ومن خلال هذا التعديل أعطى المشرع فى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بشأن تعديل بعض أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤلية المحدودة الصادر بالقانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لغير المصريين فرصة الهيمنة على مجالس ادارات شركات المساهمة.[2]

كما أجاز المشرع تداول- حصص التأسيس والأسهم خلال السنتين

---

[1] الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ مكرر- ٢١ يونيه ٢٠٠٥.

[2] راجع محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص ٣٥٠ وما بعدها.

الماليتين الأوليتين للشركة بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه.

وتحل الجهة الادارية المختصة محل مصلحة الشركات في تطبيق أحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المشار إليه ولائحته التنفيذية ،وذلك بالنسبة للشركات السالف الاشارة إليها.

المبحث الثاني
الضمانات المقدمة من شركة المشروع

- لما كان التزام شركة المشروع يتخذ صورة الائتمان العيني، كان من اللازم أن تقدم شركة المشروع ضمانات تكفل تنفيذ هذا الالتزام.

والضمان الذي نعنيه في هذا الصدد لا يتمثل في التامينات الشخصية والعينية التقليدية ، إذ لا تصلح هذه التأمينات في تحقيق الضمان الذي تتغياه السلطة المتعاقدة[١] للأسباب التالية:-

١. **اختلاف الهدف من تقرير الضمان:-**

فالهدف من تقرير هذه التأمينات في العقود التقليدية هو تأمين الدائن من مخاطر اعسار المدين أو افلاسه،[٢] بينما الهدف من تقرير الضمان في عقد BOOT يتمثل في تنفيذ المشروع وفقا لما اتفق عليه في العقد في الوقت المتفق عليه، واستمرارية عمل المنشأة أثناء مرحلة التشغيل بالكيفية المتفق عليها، وأخيرا نقل ملكية المنشأة بالحالة التي تصلح بها لاستمرار أداء الخدمة في نهاية مدة الاتفاق،[٣] وتلك السمة هي التي تميز التأمينات بنوعيها عن الضمان الذي نحن بصدده.

---

[1] وإن كانت بعض هذه التامينات تصلح لاستيفاء مؤسسات التمويل لحقوقها، وهو ما سنعرض له عند الحديث عن العلاقة بين مؤسسات التمويل وشركة المشروع في القسم الثاني بهذا البحث.

[2] عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، ١٩٥٠، دار المعارف المصرية، صـ٢١.

[3] أما الهدف الذي يبغيه المقرضون فهو التنفيذ علي عوائد المشروع لاستيفاء ما علي شركة المشروع من دين.

٢. طبيعة محل العقد:

محل مشروعات BOOT استغلال مرفق عـام، فـإذا كـان لـشركة المشروع حق انتفاع على المنشأة وهو حق عيني يمكن أن يرتب عليه تأمينا عينياً ، إلا أن ذلك الحق يصطدم بحظر الحجز على المنشأة طبقا لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ وعليه لا يمكن التنفيذ أو الحجز على أموال المرفق.

٣. أثر تغير تشريعات الافلاس :-

ترتب على تغير تشريعات الافلاس فى فرنسا تطبيقا لقانون يناير ١٩٨٥ الخاص بالتقويم والتصفية القضائية تجريد التأمينات العينية من فعاليتها ، فلم تعد الفلسفة التى يقوم عليها الافلاس هى عقاب المدين غير الأمين ، أو حتى الوفاء بحقوق الدائنين هو هدف المشرع ، بل أصبح الهدف هـو الـسعى لانقاذ المؤسسات مما تتعرض له من صعوبات ، فأصبح من غير الممكـن تحقيق هذا الهدف الأخير دون تضحية بصالح الدائنين ، ممتازين كـانوا أم عاديين (١) . والأمر على النحو المتقدم لم يصادف صدى فى قانون الافلاس المصرى الذى خلا من هذه الضمانات .

وقد ظهرت ضمانات بدائية ترتكز على الملكية كـشرط الاحتفـاظ بالملكية ، أو التصرف الائتمانى. كما ادى عدم فعالية التأمينات العينية إلى انحسار التأمينات التى تتضمن حق الأولوية لصالح التأمينات السلبية Les suretés negatives التى تقرر ضمانات يقدمها الدائن إلى أحـد دائنيـه اخلالا بالمساواة بينهم (٢) .

إذا كانت التأمينات التقليدية قد عجزت عن تحقيق الوظيفـة التـي يقوم بها الضمان في عقود BOOT ،فإن التطورات الحديثة في المعاملات

---

(١) اما الهدف الذى يبغيه المقرضون فهو التنفيذ على عوائد المشروع لاستيفاء ما على شـركة المشروع من دين .

(٢) نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة ، منشأة المعارف ، طبعة ٢٠٠٠ ، ص١٠ وما بعدها .

أدت إلى تحقيق قانون الأموال لهذه الوظيفة من خلال عدد مـــن الوســـائل، كالضمان بمجرد أول طلب وخطابات الضمان ، والتأمين، والاحتفاظ بحق الملكية، كما تلعب فكرة تمويـــل المـــشروع (project finance) دورا هاما في تحقيق هذا الضمان، هذا إلى جانب تقرير الحق للسلطة المتعاقـــدة فى الرقابة والاشراف والمتابعة الفنية والمالية على نحو يكفل تسليم المنشأة فى حالة جيدة صالحة للاستعمال طوال مراحل المشروع المختلفة.

علي ضوء العرض السابق سنتناول في هذا الفصل :-

المطلب الأول: الضمانات المقدمة من شركة المشروع عند إبـــرام الاتفاق.

المطلب الثاني: الضمانات المقدمة من شركة المشروع عند التنفيذ.

المطلب الأول
الضمانات المقدمة من شركة المشروع عند إبرام الاتفاق

تشير الاتفاقات المختلفة في عقود(BOOT) إلى التـــزام شـــركة المشروع بتقديم ضمانات وافية للأداء، في مراحل العقد المختلفة، حيث نص في اتفاق الترخيص الخاص بمطار رأس سدر على أنه " يجب على الملتزم أن يودع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على العقد، وكضمان لتنفيـــذ التزأماته.... خطاب ضمان غير مشروط .... يكون ساري المفعول حتـــى اكتمال أعمال الإنشاء وبدء تشغيل المطار"

كما نص على أنه " يجب على الملتزم أن يقـــدم للمالـــك خطـــاب ضمان..... يكون ساري المفعول حتى مرور مدة تسعون يوما على تاريخ تسليم المطار".

بجانب هذه الصورة من الضمان النقدي، يوجد صورة أخرى تتمثـــل فـــي التأمين على الأصل حيث جاء بأحد الاتفاقات أنه" يتعهد الملتـــزم بتـــأمين

مسئوليته عما قد ينجم عن تنفيذ هذا العقد من هلاك أو أضرار أو إصابات قد تلحق المالك أوالغير من جراء ما يقوم به موظفوه أو المتعاقدون معه أو ما يغفلون القيام به".[1]

كما جاء بأحد الاتفاقات " تلتزم (سيجاس) طوال مدة الامتياز بالتأمين على الرصيف ضد كافة الخسائر أو الأضرار وضد جميع مخاطر مسئولية الطرف الثالث...".(١٨(أ) من اتفاق ميناء دمياط .[2]

فهناك صورتان من ضمانات التنفيذ النقدية، أولهما؛ خطابات الضمان، وفيه يتعهد الضامن بأن يدفع للسلطة المتعاقدة مبلغا لا يتجاوز الحد المنصوص عليه للوفاء بالتزامات شركة المشروع في حالة تقصيرها في الأداء.[3]

أما الصورة الأخرى من الضمان فتتمثل في التأمين، وفيه يضمن المنتفع المحافظة على الأصل من أية مخاطر تهدده ، وكذلك التامين من المسئولية عما قد ينجم من تنفيذ العقد.

ونعرض في هذا الفصل للصورتين السالفتين كلا في فرع مستقل.

الفرع الأول

خطابات الضمان

لخطابات الضمان عدة صور، كل حسب الغاية منه. فمنها الضمان المقدم لدخول المزاد أو المناقصة، وضمان حسن التنفيذ، وضمان الدفعات المقدمة، وضمان المبلغ المحبوس على سبيل الضمان.[4]

---

[1] عقد مطار رأس سدر مشار إليه في الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ تابع (ب) ،صـ ١٤.

[2] عقد منح التزام وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحرى بترولى متخصص بميناء دمياط بنظام bot مشار إليه فى الجريدة الرسمية العدد ١٤ ، ٥ ابريل ٢٠٠١ ، ص٥٠٤ .

[3] دليل اليعونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، صـ ١٦١.

[4] على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ١٩٩١، صـ ١٧ وما بعدها.

وتتعدد مسميات هذا الضمان: فيطلق عليها البعض الضمان بمجرد الطلب، ويطلق عليها البعض الآخر خطاب الضمان، ويطلق عليها جانب ثالث، الضمان المستقل.

- والضمان بمجرد الطلب (garantie à première demande)، كما ينبيء اسم هذا الضمان عنه، هو عملية ائتمانية بموجبها يكفل البنك عميله في مواجهة الغير إما بخطاب يرسله إليه أو بعقد مستقل، أو بأي طريقة أخرى تتناسب مع العملية التي يضمنها البنك، ويتقاضى عمولة في مقابل هذا الضمان.[1]

والضمان بمجرد الطلب قد يكون مشروطا، وقد يكون غير مشروط. والضمان المشروط هو ذلك الضمان الذي يتعين لاستحقاقه أن تثبت السلطة المتعاقدة الخطأ من جانب المضمون وهو ما يعرف في القانون الانجليزي والأمريكي proven default)) ، ويتعين لاستحقاقه أن تثبت السلطة المتعاقدة تقصير شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد، وأن يقع الضرر،أما الضمان غير المشروط، فهو ذلك الضمان الذي لا يتعين على المستفيد أن يثبت أن هناك ثمة تقصير من جانب شركة المشروع، ودون أن تقدم السلطة المتعاقدة مبررا تؤسس عليه طلبها[2].

ويختلف الضمان بمجرد الطلب عن الكفالة في كون التزام الضامن التزاما مستقلا عن التزام المدين الأصلي،أما التزام الكفيل فهو التزام تبعي ، يتبع الالتزام الأصلي في نشأته وزواله.[3]

كما يختلف عن الاعتماد المستندي، في أن هذا الأخير يهدف إلى

---

[1] على البارودي، القانون التجاري، طبعة ١٩٩٢، صـ ٣١٢.

[2] موقع مجلة Juriste على الشبكة:

Allen & Overy, les garanties contractuelles d'exécution, financement de projets.

http://www.allenovery.com/ موقع كاتب المقال

[3] Simler Philipe, cautionnement garantie autonomes, 2édition, p.676.

الوفاء بقيمة العملية التجارية نقداء أما الضمان المستقل فيهدف بالعكس من ذلك إلى ضمان حسن التنفيذ من جانب شركة المشروع نقداً.

و يتشابه هذا الضمان مع الوديعة النقدية في صفته الآلية، حيث يكون التمويل تحت تصرف المستفيد في أية لحظة، إلا أن الوديعة النقدية ليست وسيلة اقتصادية،لأنها تجمد الأموال لوقت طويل دون طائل من ورائها.[1]

وهكذا فإن هذه العملية الائتمانية جاءت ثمرة عقدين :

اتفاق الترخيص المبرم بين السلطة المتعاقدة وبين شركة المشروع، وفيه يتفق الطرفان على أن تقدم شركة المشروع خطاب ضمان من بنك معين.

والعقد الثاني يكون بين شركة المشروع (الآمر) وبين البنك لاصدار خطاب الضمان للسلطة المتعاقدة (المستفيد) .

- يتضح لنا من هذا التعريف، أن خطاب الضمان أوالضمان بمجرد الطلب يتسم بالخصائص التالية:-

١. التزام الضامن التزام ارادي ينشأ من جانب واحد:-

بمعني أن المستفيد لا ينشأ له حق مباشر ضد البنك لمجرد إبرام العقد بين الآمر والبنك ،لأن هذا العقد مقصور علي طرفيه، وإنما ينشأ حق المستفيد من تعبير البنك عن إرادته في ذلك،[2] وتترجم هذه الارادة في العبارة التي يدرجها البنك في الخطاب، فتلك العبارة هي وحدها التي تحدد مضمون التزام البنك وشروطه ، بغض النظر عما ورد في اتفاق المشروع.[3]

ولكن هل يتعين قبول المستفيد للضمان حتي يلتزم البنك بالوفاء ؟

---

[1] نبيل سعد ، مرجع سابق، صـــ ١٣٠ وما بعدها.

[2] قارب على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربيـــة، ١٩٩١، صـــ ١٢٩.

[3] على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق، صـــ ١٣٣.

أجابت محكمة النقض المصرية، أن التزام البنك في خطاب الضمان ينشأ من إرادته المنفردة متي علم به المستفيد، بينما قبول المستفيد لازم لثبوت الحق،وليس لنشأة الالتزام،ومعني اشتراط وصول الارادة للمستفيد أن البنك يستطيع الرجوع في ارادته طالما لم يصبح للمستفيد حق نهائي ضد البنك.[1]

ويترتب علي نشأة الالتزام بالارادة المنفردة، النتائج التالية:-

١- أن رفض المستفيد يسقط التزام البنك،بينما سكوته،في نظرنا،يعني قبولا يثبت به حق المستفيد قبل البنك ،إذ أن هذا الالتزام تعهدت شركة المشروع بتقديمه عند إبرام اتفاق المشروع،عند طلب السلطة المتعاقدة ذلك ،واتفقت علي كافة تفاصيله من حيث مدته وقيمة مبلغ الضمان وشروط استحقاقه.

٢- ان أرادة البنك المنفردة معرضة لأن يعيبها كل مايعيب الارادة من غلط أو تدليس أو إكراه وهو معرض لعوامل وأسباب الفسخ والانقضاء.[2]

ويؤخذ على هذا الراى أن الارادة المنفردة لم تعد مصدرا عاما للالتزامات فى ظل القانون المدنى الجديد، واصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم كأصل عام يقرره القانون، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات، ومن ثم وجب اعتبار أى التزام ينشأ عن الإرادة المنفردة مصدره القانون.[3]

٢) التزام الضامن التزام مستقل:-

والمقصود باستقلال التزام البنك عن التزام شركة المشروع (المدين)

---

[1] طعن رقم ١٣٠١ السنة ٥٠ ق ، جلسة ١٩٨٥/١٢/٣٠ ، مشار إليه لدي على جمال الدين عوض، مرجع سابق صـ ١٣١.

[2] على جمال الدين عوض، مرجع سابق، صـ ١٣١ وما بعدها.

[3] عبد الرازق السنهورى ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ١٤٥٤ .

،اختلاف محل ومصدر كل منهما ومصيره،[1] فمن حيث محل التزام البنك الضامن، فهو يتمثل في دفع مبلغ من النقود وليس التزاما بعمل ،أي أنه ليس التزاما بتنفيذ التزام المدين الأصلي تنفيذا عينيا عند عدم تنفيذ هذا الأخير له،[2]وفي هذا يختلف الضمان بمجرد الطلب عن الكفالة، فالتزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به هذا الأخير.[3]

ومن حيث مصدر الضمان فمصدر التزام البنك هو عقد الضمان أو علاقة الضمان، وهو مستقل عن اتفاق المشروع المبرم بين شركة المشروع والدولة، وهو التزام مستقل وغير تبعي،بمعني أن مصير التزام الضامن قد ينتهي إلى مصير غير مصير التزام المدين، كأن ينقضي قبله ، أو أن يبطل دون أن يبطل عقد الأساس وهذا هو ما يميزه عن التزام الكفيل التبعي.[4]

- والواقع أنه كان لاختلاف محل ومصدر الضمان أثران في غاية الأهمية:-

(١) أنه ينشيء دينا جديدا، فالضامن يتعهد بصفته أصيلا بالتزام جديد، فهو يتعهد بدفع مبلغ نقدي معين ،بصرف النظر عن المبلغ المضمون ،وبصرف النظر عن محل الدين المضمون.

(٢) دين البنك منفصل عن الدين المضمون:-

بالرغم من أن اتفاق المشروع هو سبب وأساس نشأة الدين المستقل ، ولكنه متي نشأ فإنه يعيش حياه مستقلة منفصلة عنه في صحته، ومدته، واستحقاقه، وتنفيذه. والإشارة لاتفاق المشروع في خطاب الضمان لا يفسد هذا الاستقلال.[5]

---

[1] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

[2] نبيل سعد، مرجع سابق، صـ ١٣٦.

[3] نبيل سعد، مرجع سابق، صـ ١٤٠.

[4] قارب علي جمال الدين عوض، مرجع سابق ،ص١٤١.

[5] على جمال الدين عوض، مرجع سابق،صـ ١٤٥.

والتساؤل الذي يتبادر للذهن هو هل لهذا الاستقلال حدود أم أنه التـــزام مجرد؟

ثار جدل فقهي وتضارب في أحكام القضاء، في فرنسا حول هذا الأمر حيث يذهب الأستاذ Rives-Lange إلى القول بأن" التزام البنك التزام مستقل عن العلاقات الأخري، التي تحكم وجوده ويترتب علي ذلك عدم جواز احتجاج البنك بالدفوع الناشئة عن العلاقات الأخرى، فليس له أن يتمسك بأوجه الدفوع الخاصة في العلاقة بينـــه وبـــين الآمـــر(شـــركة المشروع) ، أو العلاقة بين الأمر والمستفيد (السلطة المتعاقدة) الناشـــئة عن اتفاق المشروع"، وذلك باستثناء الحالات التي يلحق بالعقد الأساسي فيها غش.[١]

أما القضاء الفرنسي، فقد قضى فـــي مطلـــع الثمانينـــات مـــن القـــرن الماضي،بحظر تسييل الضمان، حيث يوجد ثم تعسف في طلب تسييل الضمان،بينما قضت محكمة استئناف (Riom) ، برفض طلب وقف تسييل الضمان واستندت في حكمها علي معيارين تبنتهما محكمة النقض لوقف تسييل الضمان، الأول،يتمثل في استقلال عقد الضمان عن عقـــد الأساس ، والثاني ،وجوب اثبات التعسف والغش معا، وفي أحكام لاحقة اشترطت محكمة النقض أن يكون هذا الغش ظاهرا.[٢]

وهو ما يعني أن القضاء الفرنسي قد أخذ بمعيار مضيق لنطاق حالات حظر تسييل الضمان لكي يحتفظ الضمان بقوته وفعاليته.

أما محكمة النقض المصرية، فقد قضت" بأن علاقة البنـــك مـــصدر خطاب الضمان بالمستفيد الذى صدر الخطاب لـــصالحه هـــى علاقـــة

- Lange , Garanties International et cautions. n 468, Janvier 1987, p.12.[1] Rive

Chartier Frédéric, evolutions de la jurisprudence en matière de garanties à première demande, Banque, n 468, janvier 1987. p.1٤ [2]

منفصلة عن علاقته بالعميل، ومن مقتضاها أن يلتـزم البنـك بمجـرد اصدار خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذى يطالب به الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان مادام هو فى حـدود التزام البنك المبين به والتزام البنك تجاه المستفيد فى هذا التزام أصيل ، ومن ثم يكون على المدين عميل البنك أن يبدأ هو بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليـه المستفيد من البنك".[1]

ويري غالبية الفقهاء أن " التزام البنك قبل المستفيد مجرد ، وبـات. فهو مجرد، لأنه مستقل عن العلاقة بين البنك والآمر ،وعن العلاقة بين الآمر والمستفيد فيجب أن يقوم البنك بالوفاء دون مناقشة المستفيد فـي مدي قيامه بتنفيذ التزاماته قبل العميل .وهو بات ؛ إذ لا يجوز للبنـك الرجوع فيه أو الامتناع عن الدفع مهما كانت الأسباب التي قد يتـذرع بها لتبرير هذا الامتناع ، كالادعاء بأنه تلقي معارضة من العميل فـي الدفع، إذ يجب أن يهمل البنك مثل هذه المعارضة فهذا الالتزام المجرد البات الذي ينشأ في ذمة البنك هو الناحية البارزة في خطاب الـضمان التي تمكنه من أداء رسالته كأداة للضمان تقوم مقام التأمين المـالي ،إذ لولا هذا الالتزام المؤكد الصادر من مدين يوحي بالثقة- وهو البنـك- لما قبل صاحب المشروع بأعفاء المتعاقد معه من تقديم التأمين المـالي والاكتفاء بخطاب الضمان وهذا هو الراى الراجح [2].

[1] مجموعة أحكام النقض ، المكتب الفنى س ٥٢ ، ص٩٢٦ ، الجزء الثانى ، الطعن رقم ٥٤١١ لسنة ٦٤ ق ، جلسة ٦/١٨ / ٢٠٠١ .

[2] علي جمال الدين عوض،خطابات الضمان المصرفية، مرجع سابق ،ص١٣٥

الفرع الثاني
الالتزام بالتأمين

التأمين المقصود في هذا الفرض ليس هو التأمين بمعناه الفني، وإنما هو تأمين للائتمان العيني المقدم من شركة المشروع ضمانا لاستردداه، فالهدف من هذا التأمين حماية الأصل من المخاطر التي تعتري تنفيذ العقد. فمع التزام شركة المشروع بالمضي في تنفيذ التزأماتها بالرغم من وجود عوائق قد تحول دون هذا التنفيذ، يعمد الأطراف في سبيل التخفيف من الآثار الناشئة عن هلاك الأصل إلى التزام الشركة بالتأمين عليه.

ويتم ذلك عن طريق قيام شركة المشروع بالتأمين لصالحها، ثم تقوم بتقديم البوليصة للسلطة المتعاقدة علي سبيل الضمان ،ويسمي هذا النوع من التأمين تأمين الضمان (l'asssurance aval).[1]

فالتأمين علي الأصل يسمح بتعويض الضرر الذي ينجم عن هلاكه، لذلك فإن المصلحة الأولي في التأمين تكون لمالك الشيء، إلا أن الوقاية من خطر الهلاك تأتي تعبيرا عن مصلحة أشخاص آخرين غير المالك مثل من يتقررلهم حق شخصي ، ومنهم السلطة المتعاقدة التي تشتري الخدمة من شركة المشروع بموجب اتفاق شراء الخدمة، أو بوصفها نائبا عن الجمهور في المشروعات التي تقدم فيها الخدمة مباشرة إليهم.

من وجه آخر يساهم التأمين في المحافظة علي عناصر الإنتاج وبوجه خاص رؤوس الأموال،حيث يمكن التأمين شركة المشروع من استبدال المعدات ذات القدرة الانتاجية بالمعدات التالفة المستخدمة في تشغيل المنشأة أثناء مرحلة التشغيل وكذلك عند نقل الملكية.[2]

وهكذا فإن التعاقد بنظام (BOOT) يفرض علي شركة المشروع التأمين علي الأصل. ذلك أنه طبقا لنصوص العقد تتحمل تلك الأخيره ،

---

[1] نبيل ابراهيم سعد مرجع سابق ص٨٨

[2] أحمد شرف الدين ،أحكام التأمين ،الطبعة الثالثة بدون تاريخ ،ص٣٠

طوال مدته ،جميع تبعات تلف أو هلاك الأصل سواء كان الهلاك كليـا أو جزئيا، ولا يقتصر نطاق التبعة علي الأحوال التي يرجع فيهـا التلـف أو الهلاك لخطأ شركة المشروع وإنما يمتد إلى حـالات الـسبب الأجنبـي[١] باعتبار أن المال يهلك على مالكه،وهو مايستفاد من العقود المختلفة.

فقد نص عقد نفق المانش علي أن يشمل التأمين: المخاطر المتعلقة بالخسائر والأضرار المادية التي تلحق بالنفق إذا كانت بـسبب الإضـراب ،والتمرد ،والأعمال الارهابيـة والتخريـب، والكـوارث الطبيعيـة مثـل الفيضانات ،الهزات الأرضية ،الحرائق ،التمـاس الكهربـائي....وأيـضا التأخير في تشغيل المنشأة في الوقت المتفق عليه أو عدم انتظـام التـشغيل بسبب الأضرار سالفة الذكر.[٢]

وهكذا نجد أن وثيقة التأمين تغطي جميع الأخطار التي تهدد الأصل بما في ذلك السبب الأجنبي ، وتتحمل شركة المشروع وحدها الأعباء المالية الناشئة عن إبرام عقد التأمين، بينما يتقرر التأمين لمصلحة جهة الادارة.

ويتسم التأمين علي الأخطار التي تهدد الأصل بأنه :-

١. تأمين تعويضي، فهو يهدف إلى تعويض المؤمن لـه عـن الضرر الذي يلحقه من جراء تحقق الخطر المـؤمن منـه ،فإذا كان مبلغ التأمين أكبر من قيمة الضرر لا يتقاضـي سوي قيمة الضرر، أما إذا كانت قيمة الضرر أكبـر مـن مبلغ التأمين لم يتقاض- بداهة- إلا قيمة التأمين عملا بنص المادة (٧٥١ مدني مصري) [٣].
٢. والتعويض غير محدد مقدما ،بمعني أنه لا يمكـن تحديـد مقدار مبلغ التعويض مقدما، لأن هذا التحديد يعتمد علـي

---

[1] هاني محمد دويدار ،مرجع سابق ،ص٤١٧

[2] هاني سري الدين، التنظيم القانوني لنظام البناء والتملك والادارة ونقل الملكية، صـ ٥٦٠ وما بعدها.

[3] راجع عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ٧ ،دار النهضة العربية ،١٩٦٤، ص١٥٢٩ وما بعدها

وقوع الضرر وعلي مقداره، ولا يتحقق ذلك إلا عند حدوث الخطر المؤمن منه، وعندئذ يتحدد مبلـغ التـأمين بأقـل القيمتين ،المبلغ المتفق عليه أوقيمة الضرر.[1]

وإذا كان الوضع المتقدم ينشيء للسلطة المتعاقدة حقا في الحـصول علي مبلغ التعويض من شركة التأمين إلا أن الأمر يتوقف في المقام الأول علي وجه تخصيص التعويض كما يحدده اتفاق المشروع،[2] فالهـدف مـن التأمين هو التخفيف من حدة آثار تحمل شركة المشروع تبعة هلاك الأصل، فهل يتحقق ذلك بالفعل؟

إن الحديث عن وجه تخصيص مبلغ التعويض الذي تلتزم شـركة المشروع بدفعه يفترض استحقاق التعويض، ويعني ذلك أن يكون الهـلاك راجعا إلى أحد الأسباب التي تغطيها وثيقة التـأمين، وأن تكـون شـركة المشروع قد اتخذت في مواجهة شركة التأمين جميع الاجـراءات اللازمـة لاستحقاق التعويض.

فإذا لم يكن مبلغ التعويض مستحقا لأي سبب من الأسـباب، فـإن الشركة تتحمل علي نفقتها الخاصة إعادة الأصـل إلـى حالتـه، أو دفـع التعويض المحدد في العقد،[3] وهو ما يشكل أحد المخاطر التي تواجه شـركة المشروع ،لذلك لا شك أن للتأمين دورا هاما في التخفيف من حـدة هـذه الأضرار.

فإذا كان مبلغ التعـويض الـذي تتعهـد شـركة التـأمين بدفعـه مستحقا،التزمت شركة المشروع بإعادة بناء العقار تحت مـسئوليتها ويـتم تخصيص مبلغ التعويض الذى تدفعه شركة التأمين لتمويل إعـادة أعمـال البناء، على أن تتحمل شركة المشروع الفرق بين تكلفة إعادة البناء الفعلية

---

[1] أحمد شرف الدين مرجع سابق ص١٢٨

[2] هاني محمد دويدار، مرجع سابق، صـ ١٨؛

[3] هاني محمد دويدار، مرجع سابق، صـ ١٨؛ وما بعدها.

ومبلغ التعويض ،وبعبارة أخرى تتحمل شركة المشروع كل عبء مالى لا يغطيه مبلغ التعويض،[1]وهو التزام يجد مصدره فى اتفاق المـــشروع الـــذى بمقتضاه تلتزم شركة المشروع بضمان استمرار واطراد أداء الخدمة ، ثـــم تسليم المنشأة فى نهاية العقد صالحة لتحقيق الغاية من المشروع

- مدى فعالية ضمانات الأداء النقدية في تحقيق الضمان:-

- مما سبق يتضح أن للضمان النقدي المقدم من شركة المشروع عددا من المزايا:

فهو يسمح بتغطية التكاليف الإضافية التي قـــد تتكبـــدها الـــسلطة المتعاقدة نتيجة لتأخير أو إخلال من جانب شركة المشروع، كما يمكـــن أن يكون هذا النوع من الضمانات أداة للضغط علي شركة المشروع لاستكمال التشييد في حينه ولتأدية التزاماته الأخري وفقا لمقتضيات اتفاق المشروع.

- كما يحقق الضمان المستحق عند الطلب عدة مزايا، وهي تتأسس علـــى سمة الاستقلال التي يتميز بها هذا الضمان، حيث يتيح هذا الاستقلال التنفيذ الفوري على المبالغ التي يشملها الضمان، ودون تقديم دليل علـــي تقـــصير شركة المشروع في التنفيذ أو علي مدى خسارة المستفيد.[2]

كما يفضل الضامنون الذي يقدمون ضمانات الأداء النقدية الضمان المستحق عند الطلب لوضوح الشروط التي يتحدد بمقتضاها وقـــت حلـــول مسئوليتهم عن دفع المستحقات، ومن ثم لا يتورط الضامنون فيما ينشأ مـــن أنزعة بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع حول ما إذا كان قـــد حـــدث تقصير في الأداء بموجب اتفاق المشروع .

وهناك مزية أخرى بالنسبة للبنك مصدر الضمان وهـــي إمكانيـــة سرعة وكفاءة إسترداد المبالغ المدفوعة بمقتضي هذا الضمان مـــن خـــلال

---

1 هانى دويدار ، مرجع سابق ، ض٤٢٠.

2 دليل إلىونسيترال التشريعي بشان مشاريع البنية التحتية، صـــ ١٦٢ .

امكانية الوصول المباشر إلى موجودات شركة المشروع.[1]

-واخيرا- تضفي مدة هذا الضمان قوة إضافية له، إذ تستمر صلاحية هذا الضمان لحين الانتهاء من التشييد وبدء التشغيل للتأكد من سلامة التنفيذ. فإذا كان التنفيذ مشوبا بعيوب، كان للسلطة المتعاقدة أن تطلب من البنك قيمة الضمان.[2]

- ومع ذلك، فإن ضمانات الأداء النقدية لا تخلو من مثالب بالنسبة لطرفيها، فهي بالنسبة للسلطة المتعاقدة لا تشكل سوي جزءا صغيرا للغاية من قيمة الالتزام المكفول بالضمان، وبالتالى لا تكفي لتغطية تكليف طرف ثالث بالتنفيذ بدلا من شركة المشروع في حال عدم قدرتها على التنفيذ.

و من جانب آخر، فإن حلول متعاقد آخر محل شركة المشروع قد لا يكون مجديا ،وذلك عندما ينطوي التشييد علي استخدام تكنولوجيا لا يعرفها إلا صاحب الامتياز، فيتعذر الإصلاح أو الاستكمال إلا بواسطة هذا الأخير.

أما بالنسبة لشركة المشروع، فالضمان المستحق عند الطلب أو ما يسمى بخطاب الضمان يؤدي إلى زيادة تكاليف المشروع الإجمالية ،إذ تلتزم شركة المشروع بدفع عمولة باهظة، ووضعها تحت تصرف المؤسسات التي تصدر الضمان، وكذلك عند التزام شركة المشروع بالتأمين من خطر استرداد السلطة المتعاقدة المبلغ المشترط بمقتضي الضمان فتدخل تكلفة هذا التأمين ضمن تكلفة المشروع، كذلك قد تضمن شركة المشروع تكاليف المشروع المحتملة لأي دعوي يضطر إلى اقامتها ضد السلطة المتعاقدة من أجل استرداد المبلغ الذي طالبت به بغير وجه حق.

وتتكبد شركة المشروع خسارة فورية إذا قام الضامن أو مصدر خطاب الضمان باسترداد ما دفعه بعد دفع قيمة الضمان إلى السلطة

---

[1] دليل الإونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية، صـ ١٦٣.

[2] على جمال الدين عوض، مرجع سابق، صـ ٢٥.

المتعاقدة ، وقد تتعلق هذه الصعوبات بالتأخير في استرجاع المبلغ المطالب به دون وجه حق من السلطة المتعاقدة.[1]

وتفاديا للمثالب التي تحيط بالضمان المستحق عند الطلب والضمان المستحق عند إثبات الخطا، أوجد العمل في عقود تمويل المشروعات فـي القانون الانجليزي ضمانات مقررة بموجب التسوية الوديـة reglement amiable ، ويلتزم المضمون بموجب هذه التسوية بسداد مبلغ الضمان بناء علي حكم المحكم الذي يعينه الطرفان في العقد، والذي يكون مكلفا بنظـر المنازعات المرتبطة بتنفيذ العقد.

ويتيح هذ الضمان مواجهة العقبات التي تحـيط بالخطـأ الواجـب الإثبات عند التأخير في تنفيذ العقد أو بطء البت في المنازعة لكون قـرار المحكم ملزما للطرفين.

ولا تجيز التسوية الودية التنفيذ علي الشيء محل الضمان في حالة أعسار شركة المشروع في القانون الانجليزي لسببين:

أولهما، ما تقرره عقود التشييد من أن اعسار شركة المـشروع لا يمثل اخلالا بتنفيذ العقد، حيث تستطيع السلطة المتعاقدة تكليف طرف ثالث بالتنفيذ.أما السبب الثاني فيتعلق بقانون الافلاس الانجليزي، والذي –وفقـا له– تعتبر إجراءات التسوية الودية بمثابة اجـراءات قـضائية للمـصفي القضائي أن يوقفها[2].

المطلب الثاني

الضمانات المقدمة من شركة المشروع عند تنفيذ الاتفاق

بالإضافة إلى ضمانات الأداء النقدية يوجد نوع أخر من الضمانات وهو ضمان حسن التنفيذ، والتضامن بين الشركات المنفـذة للمـشروع

---

[1] دليل إلىونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية، صـــ ١٦٣.

[2] Allan et Overy. Les garanties contractuelles d'execution, Op.cit.

،وهو ما نعرض له كل فى مطلب مستقل.

الفرع الأول
ضمان حسن التنفيذ

يغطى ضمان حسن التنفيذ كافة تكاليف التنفيذ ،سواء المتعلقة بتشييد المنشأة ،أو بتشغيلها وما يتطلبه ذلك من إجراء أعمال الإحلال والصيانة للمعدات المستخدمة في المنشأة.[1]

نشأت هذه الضمانات أساسا في الولايات المتحدة ، وتتسم ضمانات حسن التنفيذ (performance bonds) بأنها اجبارية في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة،وبين حكومات الولايات أوالحكومة الفيدرالية أوالمدن الكبري ،بينما هي اختيارية في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة والشركات.[2]

ويقصد بضمان حسن التنفيذ في عقد تسليم المفتاح تأمين شركة المشروع من المخاطر التي تحيط بتنفيذ المشروع ، وقد تكون تلك المخاطر مالية كأن يكون المقاول معسرا،[3] وقد يكون السبب في عدم انجاز المنشأة مطابقة للمواصفات راجعا لخطأ المقاول في التنفيذ،عندئذ يتعهد الضامن - وهو في الغالب شركة تأمين (Bonding company)- بضمان تمام انجاز المنشأة في الوقت المتفق عليه وفقا لما هو منصوص عليه في اتفاق المشروع، ويكون رب العمل بين احد خيارات ثلاثة: الأول أن تقوم شركة المشروع باختيار مقاول آخر يتولي أعمال التشييد مع تحمل الضامن

---

[1] Dubisson Michel, le droit de saiasir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécutions, DPCI, Octobre 1977, tome3, p.436.

[2] Dubisson Michel, Op.cit, p.436.

[3] موقع مجلة Juriste مقال بعنوان : Allen & Overy, les garanties contractuelle d'execution

التكاليف الإضافية لهذا التعاقد. والثاني، أن يبرم الضامن مع شركة المشروع والمقاول البديل اتفاقا يطلق عليه (Take over) بمقتضاه يحل فيه هذا المقاول محل المقاول الأصلي، ويتحمل الضامن التكاليف الإضافية على أن يرجع على شركة المشروع بما قام بسداده، والثالث يتمثل في أن يتخير الضامن متعاقدا آخر يحل محل المقاول الأصلي ويلتزم بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يتعين أن توافق شركة المشروع علي حلول هذا المقاول محل المقاول الأصلي.[1]

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد الزم القانون رقم ٥٨٤ - ٧١ الصادر في ١٦يوليو ١٩٧١ بشأن البناء والسكني المقاول بدفع ٥% من قيمة عقد المقاولة كضمان للتنفيذ وتقرر المادة ١٧٧٩ /٣ مدني فرنسي أن هذا الضمان يتخذ أحد صورتين:

الأولي ، وهي الوديعة ،فإذا كانت قيمة الضمان غير كافية لوفاء المقاول بالتزأماته الناشئة عن العقد ،التزم شركة المشروع بدفع المتبقي من قيمة الضمان.

والثانية كفالة بنكية: فقد يفضل المقاول تقديم كفالة شخصية وتضامنية بالاتفاق مع بنك ،وقد قضت محكمة استئناف (Rouen) بوجوب أن يتخذ ضمان حسن التنفيذ شكل الكفالة لا ضمانا بمجرد الطلب [2].

وبجانب هذه الصورة من الضمان، وضع المشرع الفرنسي التزأما بضمان تمام الانجاز بموجبه تلتزم شركة المشروع بالاصلاح العيني لكل خلل يعينه أو تشير إليه السلطة المتعاقدة، طبقا للشروط المنصوص عليها، وذلك بهدف إعادة العمل مطابقا للمواصفات المتفق عليها.

وقد نص في أحد اتفاقات التعاقد علي أن "تنظم الشركات برنامجا للصيانة يضمن تجديد المشروع فى خلال (١٢) شهرا قبل تاريخ نقل

---

[1] Dubisson Michel ,Op.cit,p.435et s.

[2] Allan &Overy, les garanties contractuelle d'execution. Op.cit.

الملكية . وتخطر الشركة الهيئة باليوم الذى يتم فيه ذلك التجديد ، كما تسمح لموظفى الهيئة بالدخول المعقول للمجمع لمعاينة كافة اوجه التجديد وتضمن الشركة أن يشمل برنامج التدريب الموضوع طبقا للبند ٦-٢ من هذه الاتفاقية المشاركة فى عملية التجديد كجزء من التدريب خلال العمل" (١) .

وقد نص المشرع الفرنسي على هذا الضمان في الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢-٦ مدني، ويحقق هذا الالتزام مزايا عدة: منها، إصلاحا عينيا سريعا لكل خلل يوجد في العقار المشيد مهما كان قدره من الجسامة أو الضآلة، أيا كان التوقيت الذي ظهر فيه هذا الخلل، كما أنه ييسر سبل رجوع السلطة المتعاقدة على شركة المشروع بالضمان، كما يخفف من مبالغ التأمين على المنشأة.[2]

"ويشمل هذا الضمان في القانون الفرنسي العقار المشيد في مجموعه، لا فرق بين العناصر التكوينية أو العناصر التجهيزية، ويرد هذا الضمان على أعمال الهندسة المدنية أوالعسكرية، وكذا أعمال الاعداد والتهيئة والتجهيز للأرض من رصف للطرق والقنوات وحفر للآبار وإقامة للجسور، ومد للسكك الحديدية إلى غير ذلك مما يدخل في أعمال المقاولات.[3]ويمتد ضمان الانجاز ليشمل كل خلل يشوب العقار المشيد دون التقيد بوصف معين أو التزام بحد محدد، فلا يشترط توافر قدر من الخطورة في هذا الخلل، بل يخضع لأحكام ضمان تمام التنفيذ، مهما قلت درجة خطورته، بل ومهما ازدادت درجة هذه الخطورة. مفاد ذلك أنه يدخل في هذا النطاق جميع الأعمال الختامية "التشطيب" البسيطة التي لم يتم انجازها

[1] راجع المادة ٦ بند ٤ من اتفاق سيدى كرير مشار إليه لدى هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية المملولة عن طريق القطاع الخاص ص ٤٦٢ .

[2] عبد الرازق حسين يسن، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ١٠٢٤ ومابعدها

[3] عبد الرازق حسين يسن، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ص ١٠٣٨ وما بعدها.

حتى مرحلة ما قبل التشغيل، وكذلك الأعمال المنجزة غير المطابقة لشروط المشروع. ويتعين على الشركة القيام بما من شأنه إزالة عدم المطابقة، بحيث يأتي العمل متطابقا تماما مع تلك الشروط والمواصفات. كما يدخل في نطاق أحكام الضمان الخلل أو العيب الذي يوجد في الأعمال اللازمة للوفاء بمقتضيات الحد الأدنى في مجال العزل الصوتي في الأبنية المعدة للاستعمال السكني، وذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة (١١-١١١) من تقنين التشييد والاسكان. [1]

كما يدخل في نطاق هذا الضمان كل خلل أو عيب يترتب عليه تعريض متانة البناء وسلامته للخطر ، أو جعله غير صالح لتحقيق الغرض الدافع إلى تشييده، أو التأثير في متانة وسلامة أحد عناصر التجهيز في المبني اللصيقة بالأساسات أو الأعمدة أو الحوائط أو الأسقف؛ وأخيرا فإنه يدخل في نطاق هذا الضمان كل خلل يؤثر على أداء عناصر التجهيز غير اللصيقة بالمبني."[2]

أما القانون المصري فقد نص علي ضمانات حسن التنفيذ في المادة ١٧ و١٨ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث نصت المادة ١٧ علي أنه "يجب أن يؤدي مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الادارية مبلغه ضمن شروط الاعلان بما لا يجاوز ٢% من القيمة التقديرية ،ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ."

كما نصت المادة ١٨ علي " صاحب العطاء المقبول أن يؤدي خلال عشرة أيام – تبدأ من اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصي عليه بعلم الوصول بقبول عطائه – التأمين النهائي الذي يكمل التأمين المؤقت إلى ما يسأوي ٥% من قيمة العقد، وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد في الخارج

---

[1] عبد الرازق حسين يسن، المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، صـ ١٠٥٣ ومابعدها.

[2] عبد الرازق حسين يسن، مرجع سابق، صـ ١٠٥٩.

يكون الأداء خلال عشرين يوما". وهكذا نجد أن ضمان حسن التنفيذ في عقود المقاولات في القانون المصري يتخذ شكل الضمان النقدي التقليدي كضمان لحسن التنفيذ.

الفرع الثانى
التضامن

يلعب التضامن دورا جوهريا كضمان لمواجهة المخاطر المحيطه بتنفيذ المشروع ، اذ أنه يعطى للسلطة المتعاقدة الحق فى الرجوع على جميع الشركاء فى شركة المشروع وفاء لالتزامها،والتضامن قد يكون اتفاقيا وقد يكون قانونيا .

ومن قبيل التضامن القانونى التضامن بين الشركاء فى اتفاقات الكونسرتيوم وهى عبارة عن اتفاق تعاقدى خالص لا يهدف إلى انشاء شخصية اعتبارية مستقلة أو تأسيس شركة تضامن ، وانما الغرض منه تنفيذ مشروع معين، ومن ثم فهو وسيلة تعاقدية، الهدف منها تمكين اطرافها من تنفيذ المشروع دون أن يفقد أى منهم إستقلاليته.[١]

والسمة التى تتسم بها اتفاقات الكونسرتيوم هى تضامن هذه الشركات فيما بينها قبل السلطة المتعاقدة عن الاخلال ببنود الاتفاق من جانب احداها، وينبنى على هذا التضامن القانونى التزام الشركات الأعضاء بمسئوليتهم عن الأضرار الناشئة عن الاخلال ببند من بنود العقد ، ولا تقف المسولية عند حدود الشريك المخل منها، بل تمتد إلى أى اخلال يقع من جانب أى من الشركاء أعضاء الكونسرتيوم، ويجد هذا التضامن مصدره فى اتفاق الكونسرتيوم- ويفترض- بداهة أن الضرر عن الاخلال ببند من بنود العقد من جانب احد الشركاء الأعضاء.[٢]

---

1 هانى سرى الدين ، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون فى صناعة الانشاءات الدولية ، بدون اسم ناشر بدون تاريخ ، ص٢٢ .

2 Abd el Baki Samy. Op.cit. p.44.

و يفترض التضامن بين المدينين بديون تجارية لتحقيق الائتمان التجارى مالم يتفق على عدم التضامن، وهذه القاعدة من الأمور المستقر عليها فقها وقضاءً فى المسائل التجارية قبل صدور قانون التجارة فى ١٩/٥ / ١٩٩٩ ،استنادا إلى قاعدة عرفية فى كل من مصر وفرنسا، واساس هذه القاعدة أن المدينين المتعددين بدين واحد لهم مصلحة واحدة فى هذا التعاقد ، ولذلك لا محل لافتراضه إذا اتفقوا على غير ذلك، أو وجد نص يمنعه.

كما نصت المادة ٤٨ فقرة ٢ من القانون –سالف الذكر– على أنه "لا يجوز فى الكفالة التجارية أن يطلب الكفيل ولو كان غير متضامن تجريد المدين مالم يتفق على غيرذلك". وهو حكم جديد من المشرع حيث كان يحق للكفيل– فى ظل القانون الملغى – مطالبة الدائن بدين تجارى بتجريد المدين المكفول قبل الرجوع عليه.[١]

---

[١] سميحة القليوبى ، الوسيط فى شرح قانون التجارة الجديد، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٥ ، ص٩٣ وما بعدها .

القسم الثاني

دينامية عقد

الـBOOT

وتنفيذه

تمهيد:

يترتب على إبرام اتفاق الترخيص بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع دخول الأخيرة فى علاقات تعاقدية متعددة، بغرض بناء المشروع وإدارته وتشغيله وصيانته، كعقود مقاولة ، وعقد تشغيل المرفق وصيانته.

ونظرا للمخاطر التجارية والمالية المرتبطة بتمويل هذه المشروعات وتشييدها وتشغيلها فإن من مستلزماته إبرام اتفاقات تأمين من المخاطر بأنواعها المختلفة، كما تبرم شركة المشروع اتفاقات تمويل مع مؤسسات التمويل المقرضة لتنظيم العلاقات القانونية والتعاقدية بين شركة المشروع ومؤسسات التمويل وتوفير الضمانات والتأمينات اللازمة لضمان سداد أصول مبالغ القرض وفوائده ، كما تبرم مؤسسات التمويل عقودا مع الأطراف الأخرى المتعاقدة مع شركة المشروع لضمان حوالة حقوق شركة المشروع الناشئة عن هذه العقود لمصلحتها.[1]

وفي ضوء ما سبق ينقسم هذا القسم إلى بابين:

الباب الأول: اتفاق ال B.O.O.T وتعدد الروابط

الباب الثاني: اتفاق ال B.O.O.T وتعدد المخاطر

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٤٥ وما بعدها .

الباب الأول

تعــدد الروابط

تمهيد:

يتميز التعاقد بنظام BOOT في مشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص بتعدد العلاقات القانونية الناشئة عن العقود المبرمة بين شركة المشروع وأطراف آخرين.

فمن ناحية تلجأ شركة المشروع، وهي بسبيل تنفيذ العقد إلى التعاقد مع مقاول؛ لتنفيذ أعمال الإنشاءات، وتتخير العقد المناسب بما يتلاءم وطبيعة المشروع، ومن ثم تنشأ علاقة قانونية بين شركة المشروع بصفتها رب عمل والمقاول، ويتحمل كل منهما التزامات مصدرها عقد المقاولة.

ولا تقف التزامات المقاول عند مرحلة التشييد، بل يلتزم طبقا للاتفاق بتزويد المنشأة بالآلات والأدوات المتفق عليها وتسليم المنشأة صالحة لتحقيق الغاية منها وبدء مرحلة التشغيل.

وفي سبيل تشغيل المشروع تلجأ شركة المشروع إلى التعاقد مع شركة إدارة تتولى تشغيل المشروع.

وفي كل الأحوال فإن شركة المشروع تلجأ إلى المؤسسات المالية أو البنوك لتمويل المشروع، وفق ضمانات متفق عليها، ومن ثم تتعدد الروابط بين شركة المشروع والمقاول من ناحية، وبينها وبين شركة الإدارة والبنوك المقرضة من ناحية أخرى وسوف نتناول كلا منها في فصل مستقل.

الفصل الأول
العلاقة بين شركة المشروع والمقاول

مقدمة:

يلعب اختيار نوع العقد المناسب دورا أساسيا فى نجاح مشروعات التشييد: فعلى رب العمل أن يحدد احتياجاته بدقة قبل اختيار أسلوب تنفيذ مشروع التشييد. ويخضع اختيار الاسلوب المناسب لعدة عوامل، منها: ما يتعلق برب العمل أو شركة المشروع، من حيث درجة خبرته والأهداف التى يرمى إليها من المشروع وطبيعته ومستوى الجودة والأداء المطلوبان ومدى المخاطر المحتملة،إضافة إلى عاملى الزمن والتكلفة.

ولعله من المناسب لتمكين رب العمل من اختيار نوع العقد الملائم الوقوف على معرفة خصائص المشروع والنواحى التسويقية ومستوى المخاطر، حتى الوصول إلى الأسلوب التعاقدى الملائم للمشروع. ويمكن تطبيق هذه الطريقة أو غيرها لاختيار نوع عقد التشييد المناسب فى المشروع، حيث ترغب شركة المشروع بوصفها رب عمل أن يتم تنفيذه بسرعة وتكلفة محددة بدقة؛ لارتباطها بالقروض التى تحصل عليها من مصادر التمويل، اضافة إلى رغبة شركة المشروع فى توفر القدرة لدى مقاول التشييد على الإسهام فى تمويل أعمال التشييد، وهذا ما يحققه عقد تسليم المفتاح design – build – and turnkey .[1]

وتقتضى دراسة عقد التشييد الوقوف على مفهوم العقد وخصائصه وآثاره، وهو ما نعرض له كل في مبحث مستقل .

---

[1] جمال الدين نصار ، عقد التشييد فى المشروعات بنظام البوت والبووت ، مجلة التحكيم العربى، العدد الثالث اكتوبر ٢٠٠٠ ،ص١١٣.

المبحث الأول

مفهوم عقد التشييد وخصائصه

تتمثل السمات الرئيسية لعقد التشييد المبرم فى إطار مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص فى عدد من الخصائص الرئيسية :

أولا : يأخذ عقد المقاولة شكل تسليم المفتاح:

ويعرف عقد تسليم المفتاح بأنه ذلك العقد الذى بموجبه توكل شركة المشروع لمقاول أعمال تشييد المنشأة وتسليمها فى حالة جيدة صالحة للتشغيل.[1] وقد يعهد العقد إلى مهندس يشرف على تنفيذ الأعمال لمصلحة شركة المشروع.ويتمتع المهندس بصلاحيات وسلطات إشرافية واسعة، كما يحق له إصدار قرار أو حكم وقتى عند حدوث منازعات أثناء تنفيذ المشروع، فيلعب دورا شبه تحكيمى.وهكذا يمارس المهندس دورا مزدوجا فى العقد، فهو من جهة ممثل لرب العمل فى الإشراف على تنفيذ المقاول العقد، ومن جهة اخرى ، اضطلاعه بفض المنازعات التى تنشب أثناء تنفيذ المشروع.[2]

يتضح من هذا المفهوم أن المسئولية عن العيوب ومخاطر التصميم والتأخير فى التنفيذ تقع أساسا على عاتق المقاول[3]، في حين يلتزم رب العمل أو شركة المشروع بسداد المقابل، ويتحدد المقابل في العقد بإحدى ثلاث طرق وقد يتم المزج بينها، وهى العقد ذو الثمن الجزافى أو التكلفة الإجمالية، والعقد ذو الثمن الموحد، والعقد بنظام التكلفة بالإضافة للأجر.[4]

---

1 Abd el Baki Samy, Op.cit, p.351.

2 جمال نصار ، مرجع سابق ، ص١٢٨ وما بعدها .

3 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٠٧ .

4 Zallam abdul Karim, Op.cit, p173.

ويحقق هذا النظام مزية تتمثل فى سرعة إتمام المشروع حيث لا تكون ثمة ضرورة للتنسيق بين مقاولين متعددين ، بحيث تكون المقاولة أشبه ما تكون بمشروع مشترك joint venture بين عدة مقاولين تكون مسئوليتهم تضامنية عند تنفيذ الأعمال قبل شركة المشروع، وإذا كان لهذا النظام من عيب فهو ارتفاع تكلفته ، وهو عيب يتضاءل أمام مزاياه.[١]

ثانيا : اقتصار دور المهندس على تمثيل رب العمل :

القاعدة فى هذه العقود أن دور المهندس يقتصر على الوكالة عن رب العمل، وتمثيل مصالحه وحده ، وتنعقد مسئوليته وحده فى ضوء هذه الحدود، على أساس وكالته عنه فيما يقوم به من تصرفات قانونية ، والغاية من تقييد دور المهندس على النحو المتقدم هو الحد من دوره الذي تضطلع به هيئات أخرى محايدة ومستقلة عن الطرفين، مثل الخبير المعين وفق أحكام العقد أو مجلس فض المنازعات ، وقرار أيهما لا يكون نهائيا إلا بالنسبة لبعض المنازعات منخفضة القيمة.[٢]

ثالثا: تشابك العلاقات التعاقدية:

لا يمكن الفصل بين عقد المشروع وعقد تسليم المفتاح، إذ إن العقد الأخير يتعين تحديد إطاره العام بما لا يتجاوز اتفاق المشروع المبرم بين شركة المشروع والسلطة المتعاقدة ، كما يتعين ألا يتعارض عقد التشييد واتفاق التمويل المبرم بين شركة المشروع ومؤسسات التمويل.

فالسلطة المتعاقدة بوصفها المنتفع بالخدمة يحق لها التأكد من أن الأعمال ستتم فى الأجل المضروب المتفق عليه فى العقد وأن الخدمة ستؤدى أداء مرضيا.[٣]

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٠٧ .

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٠٩ .

[3] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.175 et s.

ومن وجه أخر، يرغب المقرضون فى التدخل فى المفاوضات الخاصة بعقد المشروع وعقد التشييد؛ للحد من المخاطر المرتبطة بتجاوز أعمال التشييد والتشغيل التكلفة المحددة لها، وهوما يؤدى إلى اختلال التوازن المالى للعقد، ومن ثم يثبت الحق لمؤسسات التمويل فى التحرى والتأكد من خبرة المقاول فى مجال إقامة المشروع محل التنفيذ وقدرته على إنهاء الأعمال فى الموعد المتفق عليه.[1]

وفى حالة تعثر التشييد بسبب القوة القاهرة أو إخلال شركة المشروع بالتزاماتها أثناء تنفيذ أعمال التشييد يحق للمقرضين التدخل بإبرام اتفاق مباشر direct agreement مع المقاول، باستبدال شركة أخرى بشركة المشروع ، أو تعليق فسخ العقد من جانب المقاول بعد أخذ موافقة السلطة المتعاقدة .[2]

وقد يكون حق التدخل مصدره اتفاق منفصل بين المقرضين والمقاول ، أو أن يرد النص عليه فى عقد التشييد ضمانا لاستمرار العقد فى الحالات التى يرغب فيها المقاول فسخ العقد؛ لاخلال رب العمل بالتزاماته.

ويميز بعض الكتاب بين ثلاث صور للتدخل : فهناك التدخل لمعالجة التقصير الناشىء عن عدم تنفيذ رب العمل لالتزاماته وهو مايسمى cure right، وفى هذه الحالة يخطر المقرضون المقاول بنيتهم فى علاج الخلل ، ومطالبته بوقف إجراءات فسخ العقد لمدة معينة يجوز خلالها إبرام اتفاق مع المقاول لعلاج الخلل الناشيء عن عدم تنفيذ رب العمل لالتزاماته.

و هناك التدخل للحلول step in /step out rights، وفى هذه الصورة من التدخل يعين البنك ملتزما آخر؛ للوفاء بالتزامات شركة المشروع المنصوص عليها فى عقد تسليم المفتاح، وتظل شركة المشروع

---

[1] Zallam abdul Karim. Op.cit. p.176.

[2] Scriven John, a banking perspective on construction risks in BOT Scriven schemes, ICLR. part3, July 1994. p.328.

وراجع ما سبق صـــ٩٩ فسخ العقد لاخلال شركة المشروع بالتزاماتها.

خلال هذه الفترة مسئولة عن تنفيذ التزاماتها، فلا تبرأ ذمتها تجاه المقاول، ويكون للمتدخل الانسحاب بانقضاء هذه المدة أو تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها، وهو نظام ينفرد به النظام الانجلوسكسونى، ولا نظير له في النظام اللاتيني.

وأخيرا فهناك التدخل للاستبدال والتجديد rights &novation Substitution ، وبموجب هذه الصورة تقوم البنوك بإحلال مدين آخر محل شركة المشروع تنتقل اليه جميع حقوقها والتزاماتها الناشئة عن عقد تسليم المفتاح؛ شرط موافقة المقاول كتابة على التجديد[1].

والبين من هذه الصورة تعارضهامع نص المادة ٣٥٢ ثانيا من القانون المدنى التي تفترض أن تجديد الالتزام هو اتفاق يتم بين إرادتين على إحداث أثر قانوني هو إبدال التزام جديد بالتزام قديم، خلافا للصورة المشار إليها التي يبقى فيها التزام المدين القديم، ويحل محله المدين الجديد في الوفاء بالتزامه، وتبرأ ذمة الأول، كما يتعارض مع أحكام الوفاء مع الحلول المنصوص عليها فى المادة ٣٢٧ مدنى التى تنص على أن" للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء".

رابعا : تعارض المصالح :-

يتمايز دور المقاول فى عقود المقاولة التقليدية عن عقد المقاولة فى مجال مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، حيث يتميز الأخير بتشابك المصالح، وتعدد الأدوار المنوطه بالأطراف المشاركة فى المشروع ، ففي الحالة التي يكون فيها المقاول مسهما فى شركة

---

[1] A. Huse Joseph. use of the fidic orange Book in the context of a BOT project, ICLR. part 4. October 1996, p.449 et s.

المشروع ، يسعى - بوصفه مقاولا - إلى تجنب المنافسة وتقليل المخاطر وتعظيم المزايا المرتبطة بعقد المقاولة، في الوقت نفسه يسعى بوصفه مسهما في تمويل شركة المشروع إلى إنجاز الأعمال في الأجل المحدد لذلك، بالتكلفة والمواصفات المتفق عليها.[1]

المبحث الثاني
آثار العقد

يضع عقد تسليم المفتاح، شأنه شأن سائر العقود الملزمة للجانبين ، على عاتق أطرافه التزامات متبادلة، ونعرض في هذا المبحث لالتزامات طرفي العقد، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول
التزامات المقاول

تتلخص التزامات المقاول في عقد تسليم المفتاح اساسا في تنفيذ الأعمال التي يعهد إليه بها، وفق نصوص العقد ، وتنفيذ التزامه بتسليم الأعمال بعد إنجازها ، وأخيرا ضمان الأعمال بعد تسليمها.

الفرع الأول
تنفيذ الأعمال التي يعهد بها اليه بمقتضى العقد

يقتضي تنفيذ الأعمال في ظل عقد تسليم المفتاح استيفاء عدة أمور تجمل في إعداد الدراسات الأولية وإقامة الأبنية وتزويد المشروع بالمعدات اللازمة لتشغيله وتركيب الآلات والأجهزة، وتوريد قطع الغيار.

---

[1] Zallam abdul Karim, Op.cit. p.179et s.

إعداد الدراسات الأولية:--

تشمل هذه الدراسات الأولية إعداد رسومات المنشآت، وحصر ما تحتاجه من تجهيزات وقطع غيار، وعمل بحوث عن المادة الأولية التي ستستعمل في الإنتاج ومصادر الحصول عليها وعمل تقديرات لعدد العاملين اللازمين لتشغيل المنشأة، وما يتوافر منهم في السوق المحلية، وما يلزم استحضاره من الخارج،[1] وتتجسد هذه الدراسات في النهاية في مجموعة من الوثائق والمستندات الأساسية التي تبين كيفية تنفيذ التصميمات وإنجازها وإخراجها إلى حيز الوجود، فهي تتضمن جميع المعلومات اللازمة لإبرام عقود الأعمال وطلبيات المواد والآلات والأدوات والخطط التفصيلية والرسومات التوضيحية للبنية التحتية، بالإضافة إلى خطط اختيار الموظفين وبرامج التدريب وخطة عضوية تفصيلية لموظفي المساعدة الفنية والخطوط العامة لمهمتهم ، والخلاصة أن هذه الدراسات تهدف إلى وضع تصور شامل للتنظيم الداخلي للمنشأة واحتياجاتها من الأفراد وتوصيف وظائفهم.[٢]

واكد الكتاب الفضى من عقود الفيديك هذا الالتزام فى صدر المادة ٤ / ١ بالنص على أن " يلتزم المقاول بتصميم وتنفيذ وإكمال الأعمال، وفقا لما نص عليه فى العقد ، كما يلتزم بتعويض رب العمل فى حالة وجود عيوب فى الأعمال، ولدى اكتمال الأعمال وجب أن تكون متفقة مع الغرض الذي أعدت له بموجب العقد".[٣]

ولشركة المشروع بوصفها رب العمل الحق في طلب تعديل أو إجراء التغيير في جزء من الأعمال أو قسم منها بالزيادة أو النقصان أو الحذف أو تعديل المستويات والخطوط والمواقع وابعاد أي جزء من الأعمال، أو تنفيذ عمل إضافي من أي نوع لازم لإتمام الأعمال، حتى

---

[1] محسن شفيق،عقد تسليم مفتاح،دار النهضة العربية ، صـ ٣٧ ومابعدها.

[2] انس السيد عطيه، ضمانات نقل التكنولوجيا للدول النامية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،١٩٩٦، صـ٢٦٤.

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit. p.

تتوافق المنشأة مع المواصفات المتفق عليها في اتفاق المشروع[1] . ويثور التساؤل عمن يتحمل نفقات هذه التعديلات : فإذا كان التعديل راجعا لخطأ من رب العمل، كأن قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريدها للبناء، تحمل هذه الزيادة؛ لأنه هو الذي تسبب فيها بخطئه[2]، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في القضية المرفوعة من CHH2000 ضد Duran et Uffi عندما قررت مسئولية رب العمل وحق المقاول في الرجوع عليه بقيمة الأعمال الإضافية التي قام بها الأخير؛ لأنها أدت إلى تعديل التزاماته المتفق عليها في العقد، من حيث الكم والكيف، وهو ما أدي إلى اختلال توازن العقد اقتصاديا.[3]

وبانتهاء مرحلة التصميم وإجراء الدراسات، يدخل المشروع حيز التنفيذ.

اقامة الأبنية:-

ويجري البناء وفقا للرسومات والمواصفات الملحقة بالعقد ، ويلتزم المقاول بتوفير ما يلزم للبناء من معدات ومواد ويد عاملة، على اختلاف طوائفها، الماهرة والعادية، المحلية والأجنبية، ويكون مسئولا عن إهمالها في تنفيذ الأعمال الموكولة إليها.[4]

---

[1] محمد محمد بدران، عقد الانشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، صـ ١٩٦ وما بعدها.

[2] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط ج(٧)،صـ ١٧٨، راجع المادة السابعة البند (ج) من عقد منح التزام انشاء وتشغيل واعادة مطار رأس سدر بنظام B.O.T. تحمل شركة المشروع التكاليف الناجمة عن جميع التعديلات والتغييرات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم الكفاية أو عدم التوافق في الرسومات والمواصفات، وكذلك إذا تسببت هذه التعديلات والتغييرات في حدوث تاخير ما، كان الملتزم (شركة المشروع) مسئولا عن هذا التأخير".

حكم محكمة النقض الفرنسية ، جلسة ١٩٨٨/٥/٤. مشار إليه لدى:

[3] Jane jenkis & dominique ryder, in search of the holy grail, ICLR,1995, p.254

[4] محسن شفيق، مرجع سابق، صـ٣٨ وما بعدها.

كما يجب على المقاول أن يقدم لشركة المشروع أثناء التنفيذ أية مقترحات يكون من شأنها التعجيل بالتنفيذ أو تخفيض التكلفة ، أو صيانة الأعمال أو تشغيلها، وهو واجب يتأسس على مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام.[١]

وللمقاول أن يستعين بمقاولين من الباطن لتنفيذ أعمال الانشاء؛ لصعوبة قيامه وحده بالتنفيذ دون الاستعانة بالآخرين، لما تتسم به هذه المشروعات بالضخامة من حيث الإنشاءات والتقنيات.[٢]

وقد يهم شركة المشروع اختيار المقاول من الباطن بغية التأكد من أن الالتزامات الناشئة عن العقد ستؤدى على نحو مرض، ولا يتحقق ذلك مالم يكن المقاول من الباطن يملك القدرة الفنية والمالية .

وقد تكون شروط التمويل التي يحصل بموجبها رب العمل على الأموال التي يقيم بها المنشأة تلزمه بالتعاقد مع مقاول معين،[٣]وقد تكون الغاية استخدام تصميم معين أو الاستعانة بمعدات أو خدمات معينة يوفرها المقاول من الباطن المذكور، وقد يكون الهدف ضمان شركة المشروع منح العقود من الباطن لشركات محلية، دون الدخول في تعاقدات مباشرة مع هؤلاء،[٤]وقد ترجم هذا الاهتمام بالنص في اتفاق المشروع على حق شركة المشروع في اختيار المقاول من الباطن[٥]، ومن ذلك على سبيل المثال: ما جاء في المادة الرابعة بند ٨- ب من عقد منح التزام انشاء وإدارة وتشغيل واعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء بنظام ال (B.O.O.T)"

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٤٨ .

[2] خالد العطية ، مرجع سابق، صـ ٤٤.

[3] محمد ماجد محمود، مرجع سابق، صـ ٢٧٦

[4] محمد ماجد محمود، مرجع سابق، صـ ٢٨٠.

[5] راجع اتفاق محطة سيدي كرير لتوليد الكهرباء بنظام boot، مشار إليه في هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ٤٤٠.

تقر الهيئة بأنه يجوز للشركة أن تتعاقد مع شركة "بكتل" للقوى ، كمقاول إنشاءات .كما تقر أنه يجوز للشركة أن تتعاقد مع أي مقاول " مقاولي" انشاءات آخر كمقاول انشاءات.غير أنه خلال ثلاثين يوما على الأكثر سابقة على توقيع أى عقد انشاءات مقترح من ذلك المقاول الأخر " أو المقاولين" أو سابقة على نفاذ ذلك العقد (أو إذا كان تم توقيعه وكان نفاذه يتوقف على عدم اعتراض الهيئة طبقا لهذا البند ٤ – ٨) تلتزم الشركة بتسليم الهيئة شهادة من موظف مفوض رسميا من الشركة تحدد فيها أسم وجنسية مقاول الانشاءات الآخر المقترح وكل مقاول باطن تابع لها يقوم بتوريد قطعة رئيسية من المعدات، مع بيان بلد تصنيع هذه المعدات."

وتولي شركة المشروع اختيار المتعاقد من الباطن يحملها مسئولية الخسائر الناجمة عن تقصيره في الأداء،وتنعقد مسئولية شركة المشروع والمقاول من الباطن معا الناشئة عن عقود الإنشاء والصيانة وهو ما يستشف من مطالعة عقد انشاء محطة كهرباء سيدي كرير بنظام boot ، حيث ينص البند ٤ –٨ أ من عقد كهرباء سيدى كرير على أن ".... على أن تعيين الشركة لمقاول الانشاءات ومقاول التشغيل والصيانة لا يعفي الشركة من التزاماتها أو مسئوليتها المحتملة فيما يتعلق بتصميم أو تمويل أو تأمين أو انشاء أو استكمال أو تشغيل او صيانة المجمع."

تزويد المشروع بالمعدات:-

كما يلتزم المقاول بتزويد المشروع بالمعدات اللازمة لتشغيله، وفقا للقوائم الملحقة بالعقد، التي تشتمل على مواصفات الآلات والأجهزة المطلوبة وعددها وقطع الغيار اللازمة لها،ويجرى العمل على وضع شروط التجهيزات فى العقد بصيغة عامة، على أن ترد التفاصيل فى الملاحق المرتبطة بالعقد، ويلتزم المقاول بنفقات شحن المعدات ونقلها إلى موقع الأعمال وتركيبها ، وجميع أعمال التنفيذ الأخرى بالكيفية المنصوص عليها

في العقد، وفقا لنوعية العمل بما يتناسب والأصول الصناعية المتعارف عليها ، والخلاصة أنه يلتزم بتزويد المشروع بالآلات والأجهزة ليصير صالحا للتشغيل.[1]

الفرع الثاني

الالتزام بتسليم المنشآة

يرتبط هذا الالتزام بإجراء الاختبار على المعدات المستخدمة والتأكد من صلاحيتها،[2] وتتم التجربة في حضور اخصائيين ويتفق الطرفان على يومها وساعتها وكيفية إجرائها، ويلتزم المقاول بتقديم المساعدة الفنية والطاقة وغير ذلك من الأشياء اللازمة لعمل التجربة ، ويحرر محضر باجرائها يوقعه الطرفان، ويكون حجة عليهما.

ويحق للمقاول طلب شهادة في حالة نجاح التجربة تثبت ذلك ، أما إذا فشلت، فيلتزم المقاول بالبحث عن العيب وإصلاحه. ويحق لشركة المشروع طلب عمل تجربة ثانية بعد إصلاح العيب؛ للتأكد من صلاحية المنشآة للتشغيل، [3] فإذا عجز المقاول عن ذلك حق لشركة المشروع رفض التسلم وتوقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد، بما فى ذلك انهاء العقد والتعويض الكامل، أما إذا جاءت نتيجة التشغيل ايجابية فتلتزم شركة المشروع بتسلم المرفق، ولا يشمل التسلم المنشآت فحسب، بل يشمل أيضا الوثائق والمستندات اللازمة لتمكين شركة المشروع من تشغيل المنشأة بكفاءة، وفق الغرض الذى أعدت له.[4]

---

[1] قارب محسن شفيق، مرجع سابق، صـ ٤١ ، وكذا هانى سرى الدين التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٥٣ .

[2] عقد مطار رأس سدر، مرجع سابق ، صـ ٥٤.

[3] محسن شفيق، مرجع سابق، صـ ٤٤؛ وكذا ، الوقائع المصرية، العدد ٢٦٤ تابع (ب)، مرجع سابق، صـ ١٨.

[4] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص . مرجع سابق ، ص٣٦١ وما بعدها.

الفرع الثالث

ضمان الأعمال بعد تسليم المنشأة وصلاحية المنشأة للتشغيل

بعد اتمام الأعمال وتسليم المنشأة تنعقد مسئولية المقاول عن العيوب والمخاطر المرتبطة بتنفيذ الأعمال حتى تاريخ التسليم، ولدى تسليم المنشأة يتفق فى العقد على التزام المقاول بضمان الأعمال، وبموجب هذا الالتـزام يلتزم المقاول بسداد جميع المصروفات المتعلقة بإصلاح أي خلل أو عيـب يلحق بالمنشأة أثناء فترة الضمان،[1] ويشمل الضمان العيوب التى قد تظهـر خلال هذه الفترة فى الآلات والمعدات والأجهزة بوصفها وحدة مـستقلة أو فى المشروع كله بوصفه وحدة كاملة.

ويختلف الوضع فى ظل العقود النموذجية عما هـو مقـرر فـى الأنظمة القانونية : ففى ظل عقود الفيديك ، يحدد أطراف العقد مدة الضمان التى تبدأ من تسليم الأعمال معتمدة من المقاول الذي يتحمل المسئولية عـن إصلاح هذه العيوب، ولا يمنع إنقضاء مدة الضمان من تقرير مـسئولية المقاول، إذا ثبت أن مصدر العيب سابق على انتهاء أجل الضمان.

ويفرق القانون الفرنسى فيما يتصل بالضمان بين ضـمان حـسن التشغيل، وتحدده المادة ١٧٩٣ /٣ مدني فرنسي بعامين من تـاريخ بـدء التشغيل ، وبين ضمان حسن التنفيذ، وتحدده المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنـسى بعشر سنوات من تاريخ التسليم.[2]

أما القانون المصرى فقد حدد فى المادة ٦٥١ من التقنين المـدنى مدة الضمان بعشر سنوات من وقت تسلم العمل ، ويتحقق الضمان بتحقـق

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.354.

[2] Juliette d'Hollander et Guy Lefebvre, le contrat international d'ingénierie- construction: etude comparée des contrats – types et de la pratique contractuelle des sociétés quebécoises

مقال مشار اليه فى موقع جامعة مونتريال على الشبكة:

http://www.lexum.umontreal.ca/themis/98vol32n1/Hollander Lefebvre.html.

سببه الذى يرجع إما إلى البناء أو إلى التصميم.

ويشمل الضمان ما يحدث فى المنشآت من تهدم كلى أو جزئى، ولو كان ناشئا عن عيب فى الأرض المقام عليها، كما يشمل ما يوجد فى المنشآت من عيوب تهدد سلامة المبنى، فإذا تهدم البناء كله أو جزء منه ، ولم يكن راجعا إلى قوة قاهرة، فالمفروض أن تهدم البناء يرجع إلى عيب فى الصنعة أو فى التصميم أو فى الأرض، وتقع مسئولية ذلك على المقاول مع المهندس المعمارى عند الاقتضاء، ويلتزمان من ثم بالضمان ، ولا يشترط لتفعيل الضمان أن يتهدم البناء كله أو بعضه، بل يكفى أن تظهر فيه العيوب، يستوي في ذلك أن تكون العيوب فى المواد أو أصول الصناعة أو فى الأرض ، ويشترط لانعقاد مسئولية المقاول أو المهندس بالضمان شرطان:

١. أن يكون العيب من الخطورة بحيث يهدد سلامة البناء أو متانته.
٢. أن يكون العيب خفيا، فإذا كان ظاهرا، بحيث يمكن للشخص المعتاد كشفه بالفحص المعتاد ، فان تسلمت شركة المشروع العمل دون اعتراض يعد نزولا عن الضمان،[1] ويفرق جانب من الفقهاء بين النزول عن الضمان بعد تحقق سببه ولو كان ضمنيا ويعتبره جائزا، ولا يجيز نزول رب العمل مقدما عن الضمان قبل تحقق سببه.[2]

المطلب الثاني

التزامات شركة المشروع

تلتزم شركة المشروع بموجب عقد التشييد بدفع المقابل، وهو التزام

---

[1] عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ٧ ، العقود الواردة على العمل ، مرجع سابق ، ص ١١٣ وما بعدها.

[2] محمد لبيب شنب ،شرح أحكام عقد المقاولة ، مرجع سابق ، ص١٢٨ .

رئيسى جوهرى، كما يقع عليها التزامات أخرى مرتبطة بعقد التشييد.

الفرع الأول
الالتزام بدفع المقابل

تشكل طريقة تحديد الثمن فى عقود الإنشاءات الدولية وسيلة للتوفيق بين المصالح المتعارضة لكل من المقاول ورب العمل، حيث تبرز مصلحة الأول فى الحصول على أكبرهامش ربح، ومصلحة الثانى فى دفع التكلفة الفعلية للإنشاء ، وكشفت الممارسة الدولية فى أعمال التشييد والبناء عن ثلاث وسائل رئيسية لتحديد المقابل[١] : قد يتم تقدير الثمن على أساس مبلغ اجمالى lump sum ، أو على أساس سعر الوحدة unit price أو على أساس التكلفة بالإضافة للأجر cost+ fee ، وقد يتم المزج بين هذه الصور المختلفة.[٢]

أولا: عقد تسليم المفتاح بنظام التكلفة الإجمالية : -

يمكن تعريفه بأنه العقد الذى يغطى فيه الثمن الإجمالى مجموع الأعمال محل العقد، وتجد هذه الوسيلة مناخها الخصب فى حالة تحديد المتعاقدين لنطاق الأعمال وأحجامها وتجزئتها وتصنيفها وعدم توقع حدوث تغييرات لاحقة تغير من طبيعة الأعمال أو حجمها أو نوعيتها أو جودتها.[٣] ويفضل المقرضون وشركة المشروع هذا النظام، حيث يتحمل المقاول وحده المخاطر والأحداث غير المتوقعة المرتبطة بتنفيذ المشروع، [٤] ومن شأنه اطمئنان المساهمين على قيمة استثماراتهم؛ لأن التكلفة تغطى جملة

---

[1] مصطفى عبد المحسن الحبشى ، التوازن المالى فى عقود الانشاءات الدولية ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٢ ، ص١٥٩.

[2] Unido bot guide lines. Op.cit. p.246.

[3] مصطفى الحبشى ، مرجع سابق ،ص١٨٠ .

[4] Unido bot guide lines. Op.cit .p.246.

الأعمال،[1] وهذا ما أكدته المادة ١/١٤ من الكتاب الفضى لعقود الفيديك، حيث نصت على "أن يتم سداد قيمة الأعمال على أساس نظام التقدير الإجمالى"[2].ولا يمنع هذا النظام الأطراف المعنية من مراجعة المقابل فى حالات استثنائية متفق عليها .

تستند مراجعة المقابل في الحالات الاستثنائية المتفق عليها على طول المدة التى يستغرقها تنفيذ العقد، بما يستوجب إجراءات ودراسات دقيقة فى ظل مناخ من الاحتمالات والتوقعات، ليأخذ – تقدير الثمن – بعين الاعتبار ظروف السوق وسعر الخدمات والمعدات والنظام الضريبى وسعر العملة ، بالإضافة إلى معدل تضخم العملة المحلية ونفقات العمالة الأجنبية والوطنية وظروف سوق الاقراض المحلى والأجنبى وسعر الفائدة ، وهى اعتبارات قد يغيب بعضها عن المقاول أو لا تصح توقعاته بشأن البعض الآخر، وهو ما حدا نظام العمل الدولى فى اطار مشروعات البنية الأساسية إلى جواز السماح فى حالات استثنائية متفق عليها أن يطلب المقاول زيادة الثمن الذى تم على أساس مبلغ اجمإلى منذ بدء التعاقد.[3]

على أن يبقى ملحوظا أن الأصل فى الطبيعة الجزافية لتحديد الثمن عدم جواز طلب تكملة الثمن من جانب المقاول ، كما لا يجوز لرب العمل أن يعدل كمية الأعمال حتى يظل التوازن المإلى كما هو . أما إذا ورد التعديل على شروط التنفيذ بصورة كاملة أثناء التنفيذ ، فيجوز للمقاول المطالبة بثمن تكميلي؛ لأنه لا يسوغ قانونا أن يتحمل المقاول خطرا غير محدود إذا عدلت شركة المشروع أثناء التنفيذ عن المعطيات الأولية التى تمثل الأساس فى الاتفاق على الثمن، وهو ما يبقى معه الحق للمقاول فى

---

[1] De Cazalet Bruno ET Rupert reece, conditions applicables aux contrats de conception – construction et clé en mains. RDAI. n 3. p.279 et s.

[2] Abd el Baki Samy. Op.cit. p.344.

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٦٥ وما بعدها .

تقدير مختلف عن ذلك المستحق له من قبل.[1]

ولضمان حسن تنفيذ الأعمال وتشجيع مؤسسات التمويل للحصول على التمويل اللازم لاقامة المنشآت يضع هذا النظام مجموعة من القواعد يمكن إيجازها فيما يلي:

القاعدة الأولى : سداد تكلفة الانشاء على التوالى، بحيث يواكب السداد تقدم أعمال الانشاء ، ونفاذا لذلك تتولى شركة المشروع فتح حساب للمقاول لدى البنك المقرض عند إبرام اتفاق التشييد، بحيث يتم سداد دفعات مالية مقابل مايتم من انشاءات.[2]

القاعدة الثانية : حق الخبير الذى يعينه البنك فى التاكد من سلامة المواصفات الموجودة بعقد الانشاءات.[3]

القاعدة الثالثة: لما كانت تكاليف مشروعات البنية الأساسية واستيراد الأدوات والآلات والمعدات تصل فى غالب الأحوال إلى مبالغ باهظة ، فللمقاول الحق فى أن يكون مطمئنا للملاءة المالية لرب العمل وقدرته على تنفيذ التزاماته طوال مدة تنفيذ العقد [4]، ومن ثم، جرت العقود على التزام شركة المشروع ، بوصفها رب العمل ، باعلام المقاول بالاتفاقات المالية المبرمة مع مؤسسات التمويل التى بموجبها يسترد المقاول تكلفة الانشاءات ، كما لا يحق لشركة المشروع مباشرة أى تعديلات على الاتفاقات المالية مع تلك المؤسسات قبل اعلان المقاول بها تفصيلا، وإلا حق له فسخ العقد.[5]

ان الرجوع لآلية عقد تسليم مفتاح بنظام التكلفة الإجمالية يساعد

---

[1] مصطفى الحبشى ، مرجع سابق ، ص١٨٢ .

[2] A.huse Joseph, Op.cit, p.440.

[3] Scriven John, a banking perspective on construction risks in BOT Schemes, ICLR, 1994, Op.cit, p.325.

[4] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٦٨ .

[5] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.185.

شركة المشروع على السيطرة على تكلفة تنفيذ المشروع ، وقد أخذ بهذه الآلية فى عقد نفق Sydney harbour Tunnel ، وعقد Dartford River Crossing. بانجلترا.[1]

ثانيا عقد تسليم المفتاح بنظام سعر الوحدة :

في هذه الصورة ، يستحق المقاول الأجر على أساس ما تم تنفيذه بالفعل من أعمال. وتتميز هذه الطريقة بأنها تعطى لشركة المشروع امكانية تعديل الأعمال المتفق عليها بسهولة نسبية خلافا لعقد تسليم المفتاح بنظام التكلفة الإجمالية .

على أنه يؤخذ على هذا النظام أنه لا يشكل حافزا لدى المقاول لخفض تكاليف المشروع، بل ربما يؤدى إلى محاولته زيادة حجم الأعمال المنفذة.[2]

وهذه الطريقة يندر الأخذ بها فى مجال عقود الإنشاءات الدولية ، وان كانت تشكل فائدة عند الأخذ بها فى تحديد الأثمان الاضافية فى العقد الجزافى، مع الأخذ فى الحسبان أن كل وحدة على حدة يتم تحديد ثمنها على الطريقة الجزافية، الا أنه تظهر الفائدة العملية لهذه الوسيلة فى الحالة التى يكون فيها العقد غير قابل للتحديد بدرجة كافية منذ البداية ، أو عند توقع إجراء تعديلات فى كمية الأعمال .[3]

وعملا بالمادة ٦٥٧ مدنى مصرى فانه إذا تبين اثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر فى الحال شركة الشمروع بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة الثمن، والا سقط حقه فى استرداد ما جاوز قيمة المقايسة من نفقات ، فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة ، جاز

---

1 Unido bot Guide lines. Op.cit. p.247.

2 جمال نصار ، مرجع سابق ، ص١١٥ .

3 مصطفى الحبشى . مرجع سابق ، ص١٨٨ .

لشركة المشروع أن تتحلل من العقد، ويقف التنفيذ مع ايفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقا لشروط العقد وذلك دون تعويضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.[1]

ثالثا نظام التكلفة بالإضافة للأجر :-

بموجب هذه الصيغة يتم الدفع للمقاول على أساس التكلفة الفعلية، بالإضافة إلى نسبة مئوية ثابته من التكلفة مقابل مصاريف ادارية وربح المقاول ، وبخلاف عقد تسليم المفتاح بنظام التكلفة الإجمالية ، فان هذه الصورة تجنب المقاول الآثار المالية السلبية الناشئة عن سوء تقدير التكلفة.

وهكذا فان شركة المشروع والمقرضين يتحملون مخاطر سداد ارتفاع سعر التكلفة ، ولذلك فإن هذا النظام يقيم توازنا بين المصالح المتعارضة ، مصلحة المقاول من ناحية ، ومصلحة شركة المشروع والمقرضين من ناحية أخرى.

وفى حالة زيادة التكلفة الفعلية ، نتيجة لتقلبات أسعار الآلات والأدوات بما ينعكس سلبا على التزامات شركة المشروع بالنسبة لكيفية احتساب أجر المقاول ، فان الطرفين يتفقان على تضمين العقد بندا ينص على حد أقصى لالتزامات شركة المشروع فى هذ الحالة ، وهكذا يتم التنسيق بين هذه الاتفاقات للحد من هذه المخاطر.[2]

وأخيرا قد يتم المزج بين صور السداد المختلفة في حال تعقد الأعمال: والمثال على ذلك المزج بين نظام التكلفة الإجمالية والتكلفة الفعلية في مشروع نفق المانش المبرم بين فرنسا وانجلترا.[3]

---

[1] عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ٧ ، العقود الواردة على العمل ، مرجع سابق ، ص١٦٢ وما بعدها

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit. p.348; Zallam Abdul karim. Op.cit p.173 et s.

[3] Bot guidelines, Op.cit. p.247.

الفرع الثاني

التزامات أخرى مرتبطة بعقد التشييد

تلتزم شركة المشروع بوصفها رب العمل في عقد تسليم المفتاح، بتسليم الموقع للمقاول، وتقديم المساعدات الادارية له، واخيرا تسلم الأعمال.

أولا: الالتزام بتسليم الموقع للمقاول:-

يعتمد تنفيذ هذا الالتزام على احترام السلطة المتعاقدة التزاماتها بموجب عقد الامتياز[١]، ويبدأ التزام شركة المشروع بتسليم الموقع منذ إبرام اتفاق التشييد أو نفاذه، فإذا تخلفت شركة المشروع عن تنفيذ هذا الالتزام، حق للمقاول طلب تمديد العقد، لإتمام الأعمال والحصول على تعويض مناسب للتكلفة التي تحملها خلال هذه الفترة.[٢]

ثانيا: الالتزام بتقديم المساعدات الادارية:-

وهو التزام يرتبط بالتزام الحكومة بتقديم المساعدة اللازمة للحصول على الموافقات والتراخيص التي يستلزمها المشروع، ويلزم شركة المشروع بالسعي الجاد للحصول على تلك الموافقات.

ثالثا: الالتزام بتسلم الأعمال:

يقع على عاتق شركة المشروع – بوصفها رب عمل- الالتزام بتسلم الأعمال، إذ يرتبط هذا الالتزام بحصول المقاول على الأجر والإفراج عن الضمان المقدم من المقاول، مالم يكن لديها تحفظات جدية على تلك الأعمال، وبصدور هذه الموافقة ينفتح أجل الضمان العشرى، وتنتقل المخاطر عن عاتق المقاول.[٣]

---

[1] راجع ما سبق التزامات السلطة المتعاقدة، الفصل الأول من الباب الأول القسم الأول.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.349.

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.350

الفصل الثاني

العلاقة بين شركة المشروع والمشغل

تمر التزامات المشغل، من الناحية الزمنية بمرحلتين : الأولى،مرحلة التشغيل الفعلي التجاري، والثانية، مرحلة الصيانة. وإذا كان العمل الدولى قد أظهر نماذج لعقود المقاولة ، فالملاحظ أنه خلا من تلك النماذج بالنسبة لعقود التشغيل والصيانة. ويتضمن اتفاق التشغيل والصيانة بنودا رئيسية تتفق فى مبادئها، ولكنها تختلف فى تفاصيلها من مشروع إلى آخر.[1]

ونظرا لأن التشغيل يستغرق المدة الأطول فى حياة المشروع، فمن الأهمية بمكان أن يتسق اتفاق التشغيل مع اتفاق التشييد والترخيص؛ لارتباط هذه العقود بغاية واحدة، وهي الوصول إلى تقديم الخدمة بالكفاءة الكافية فى ظل عائد مقبول لأطراف التعاقد.[2]

ونعرض فى هذا الفصل لالتزامات كل من المشغل وشركة المشروع التى يرتبها اتفاق التشغيل والصيانة، كل فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

التزامات المشغل

يقصد بعقد التشغيل العقد الذى بمقتضاه تتفق شركة المشروع مع المشغل على تشغيل المنشأة وإدارتها وصيانتها لفترة معينة من الزمن لقاء

[1] هاني سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٨١ .

[2] Zallam abdul Karim, Op.cit. p.193.

أجر متفق عليه.[1]

والملاحظ، عملا ، أن شركة المشروع تلجأ إلى أحد طريقين لتشغيل المشروع: الأول ، تشغيله بنفسها عندما يكون لديها الخبرة الفنية والدراية اللازمة في هذا المجال. والثاني، إسناد مسئولية الإدارة والتشغيل إلى الغير ، وهذا الفرض الغالب فى العمل.[2]

أولا : الإدارة المباشرة للمشروع :

عادة ما يؤخذ بهذه الطريقة فى مشروعات البنية التحتية الخاصة بالطرق، ويتميز هذا الأسلوب بأنه يجنب شركة المشروع الأعباء المالية التى تنشأ عن إبرام عقد التشغيل . لكن يعيب هذه الطريقة عدم توافر الكفاءة الفنية والدراية اللازمة للتشغيل على النحو الأمثل ؛ لذا يوصى بأن يكون أحد أعضاء الكونسرتيوم له خبرة فى تشغيل المنشأة محل التعاقد.[3]

ويرى البعض أن تولى أحد أعضاء الكونسرتيوم تشغيل المرفق يشكل حافزا قويا لديه على حسن الأداء، وهوما يمكن شركة المشروع من تقديم الخدمة بالمستوى المطلوب.[4]

ثانيا : الإدارة غير المباشرة :

فى هذه الحالة، تبرم شركة المشروع عقد تشغيل مع المشغل تعهد إليه بمقتضاه عملية التشغيل.وتتميز هذه الطريقة بأن عملية تشغيل المنشأة تعهد إلى شركة متخصصة لديها الخبرة والدراية بعملية إدارة المنشأة[5] . وعادة ما ينص العقد على إلزام المشغل تقديم إجراءات التشغيل وجداوله

---

[1] Nigel Pritchard, Operating and Maintenance agreements – the poor relation amongst project agreements, ICLR, 1996, p.292.

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص٣٨٠.

[3] Abd el Baki Samy. Op.cit, p.367.

[4] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.194.

[5] Abd el Baki Samy. Op.cit, p.367.

وبيان بالعاملين وخبراتهم، قبل بدء التشغيل التجارى بفترة لا تقل عن ثمانية أشهر، حتى يتسنى لرب العمل مراجعة الإجراءات وإبداء ما يراه من ملاحظات،[1] الا أن هذا الأسلوب يعيبه الزيادة المحتملة فى الأعباء المالية الناشئة من العقد.[2]

ولتشجيع المشغل على تقديم الخدمة فى أفضل صورة ينص اتفاق التشغيل والصيانة على إشراك المشغل فى عوائد التشغيل بما لا يتعارض وحقوق الدائنين المقرضين في عقد القرض. ويحق للمشغل بموجب هذا الشرط الحصول على مكافأة إضافية، إذا تجاوزت العوائد القدر المأمول ، والعكس فى حال إخلال المشغل بتنفيذ التزاماته، حيث يوقع عليه جزاء مالي متفق عليه،[3] كما يحق لشركة المشروع فسخ العقد إذا بلغ الاخلال بالالتزام حد التأثير على صلاحية المنشأة للعمل.[4]

ويسعى المشغل، كما هو الحال بالنسبة للمقاول، إلى امتلاك حصة من رأس مال شركة المشروع لما يحققه ذلك من حق المشغل فى المشاركة فى المفاوضات الخاصة بإبرام سائر العقود بما فى ذلك عقد التشييد، وهوما يجنبه المشكلات التى قد تنشأ بسبب عيوب التشييد والتى تؤثر على حسن تشغيل المنشأة.[5]

ويلاحظ أنه يتعين موافقة السلطة المتعاقدة والمقرضين قبل دخول اتفاق التشغيل مرحلة التنفيذ، للتحقق من كفاءة طرق التشغيل وجودة المنتج المأمول، ومراعاة إجراءات السلامة والاعتبارات البيئية. فإذا لم تحصل

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٨٥.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.367.

[3] Pritchard Nigel, Operating & maintenance agreement – the poor relation amongst the project agreements, Op.cit, p.296.

[4] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.196.

[5] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.367.

شركة المشروع على هذه الموافقة، انعقدت مسئوليتها التعاقدية، هذا إلى أن تلك الإجراءات من شأنها طمأنة المقرضين نحو كفاية عوائد المشروع للوفاء بالتزامات شركة المشروع قبلهم.[1]

المطلب الأول
تشغيل المرفق

أولا: الالتزام بتشغيل المرفق طبقا للشروط المتفق عليها:-

يتعين أن يتضمن اتفاق التشغيل والصيانة بصورة مفصلة وواضحة طريقة التشغيل. وهى تختلف بداهة بحسب طبيعة المرفق محل التشغيل، فالإجراءات الخاصة بتشغيل محطة مياه أو كهرباء تختلف اختلافا جوهريا عن الإجراءات الخاصة بتشغيل وإدارة طريق من الطرق السريعة والتى تختلف اختلافا جوهريا عن إجراءات تشغيل أحد المطارات أو الموانىء البحرية.[2]

كما يلتزم المشغل بإعداد السجلات اللازمة له فى الموقع وفتح حساب خاص بذلك.ويتعين أن يدرج بعناية فى سجل الحسابات النفقات والريع الخاص بتشغيل المنشأة وصيانتها.[3]

كما يلتزم المشغل بضمان حسن التشغيل وإبرام عقد تأمين لمصلحة شركة المشروع، من المسئولية عن الأضرار والخسائر التي يمكن أن تنشأ عن التشغيل والتى تلحق بالبيئة، وما قد يترتب من مسئولية مدنية على عاتقها.[4]

---

1 Zallam abdul Karim, op.cit. p.194.

2 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٨٣ .

3 Zallam Abdul Karim. Op.cit. p.196.

4 Zallam Abdul Karim,Op.cit,p.195.

كما يلتزم المشغل بتوفير الخدمة في نطاق جغرافي معين . وقد يمتد التزامه، فلا يقف عند حد توفير الخدمة طبقا للطلب السائد وقت منح الالتزام فحسب، بل ينصرف كذلك لمواكبة نمو المجتمع المخدوم إلى توسيع نطاق الخدمة تدريجيا مع زيادة الطلب . ويجد هذا الالتزام سنده في أنه التزام ضمني لمواجهة نمو المجتمع المخدوم بتوسيع نطاق الالتزام، حسبما يقتضيه الطلب المعقول، وقد تلجأ شركة المشروع إلى إدراج هذا الالتزام في العقد المبرم بينها وبين المشغل.

وهذا الالتزام ليس مطلقا في بعض النظم القانونية؛ لأن شركة المشروع غير ملزمة بتنفيذ توسعات تضيف عبئا غير معقول عليها، ولكن يمكن في هذه الظروف أن ينقل هذا العبء من على عاتقها إلى المستفيدين من الخدمة في شكل زيادة في أسعار الخدمة أو في شكل رسوم استثنائية. كما يمكن للسلطة المتعاقدة أن تتحمل هذا العبء كليا أو جزئيا، بتقديم إعانات أو منح لشركة المشروع أو المستفيدين من الخدمة على السواء بحسب الأحوال. وعموما، فإنه يتعين أن يتضمن اتفاق المشروع شرحا للظروف التي يجوز فيها إلزام شركة المشروع بتنفيذ توسعات في المرافق الخدمية ووسائل تمويل تكلفتها.[1]

ويلتزم المشغل بالمساواة بين جمهور المنتفعين لدى تقديم الخدمة. على أنه يؤخذ فى الحسبان الفروق المبنية على اعتبارات موضوعية، مثل الخصائص التقنية والتكاليف الناشئة عن تقديم الخدمة لفئات من المنتفعين: فعلى سبيل المثال، إذا كانت الخدمة المقدمة من شركة المشروع هى الاتصالات السلكية واللاسلكية فإنها تلتزم بتقديم الخدمة لجميع فئات الجمهور، و لا يشكل التباين فى أسعارها بين فئات المستهلكين المختلفة إخلالا بمبدأ المساواه بين المنتفعين فى الحصول على الخدمة، مادام التمييز يستند إلى معايير موضوعية ، ومطابقا لفوارق حقيقية بين أوضاع

---

[1] دليل اليونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية، مرجع سابق، صـ ١٥٣.

المستهلكين أو ظروف تزويدهم بالخدمة.[1]

ثانيا : الالتزام بتشغيل المرفق وفقا لمعيار الشخص الحريص:-

قاعدة عامة ، يلتزم المشغل بتشغيل المرفق وإدارته وفق معيار الشخص الحريص، ووفق ضوابط التشغيل في المرافق المماثلة له، سواء أكان ذلك من الوجهة الفنية أم الضوابط المتبعة في الإدارة والتشغيل.

وقد ينص الاتفاق على أن يتم التشغيل وفق المعايير الدولية ، وعدم الوقوف عند حد المعايير المحلية . وهذا أمر بدهي، إذ إن الغاية من الالتجاء إلى الboot – شأن الصور الأخرى من صور مشاركة القطاع الخاص – هو رفع كفاءة التشغيل وكفاءة المرفق في الدول المضيفة، ومن ثم ، تزيد معايير الجودة والأداء في التشغيل عن تلك المتطلبة في قوانين الدولة المضيفة، وهو مايتفق والغرض من مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية.[2]

وعليه يلتزم المشغل باحترام القوانين واللوائح المطبقة على الخدمة محل التعاقد: فعلى سبيل المثال ، يلتزم المشغل بالقوانين الخاصة بالبيئة ، وقواعد المرور في المشروعات الخاصة بالطرق ، وقواعد الطيران المدني في مشروعات المطارات ، وقواعد الاتصالات في المشروعات المتعلقة بالاتصالات ... الخ.[3]

ولما كان سداد ما على شركة المشروع من ديون يتوقف على نجاح عملية التشغيل ، فمنطقي أن يلتزم المشغل بتقديم ضمان حسن الأداء

---

[1] خالد العطية ، مرجع سابق ، ص ٤٢ ، ودليل اليونيسترال التشريعي بشأن مشروعات البنية التحتية ، مرجع سابق ، ص ١٥٤.

[2] هاني سري الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص ٣٨٣ وما بعدها.

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.370.

[4] Unido BOT guide lines, Op.cit, p. 262.

لمصلحة البنوك المقرضة . ويتخذ هذا الضمان صورة حد أدنى من المنتج أو حد أدنى من الريع الناشيء عن التشغيل ، وهوما يؤدى إلى تعارض المصالح بين المقرضين وشركة المشروع من جانب لتحديد ثمن الخدمة، وبين هؤلاء والمشغل من جانب آخر الذى لن يقبل سوى توريد الحد الأدنى من المنتج المتفق عليه. ولتجنب هذا التعارض يتفق على حد أدنى من العائد بما يضمن وفاء الأقساط المستحقة للبنوك في مواعيدها.[1]

ويلتزم المشغل بإيداع ريع التشغيل فى حساب خاص بذلك يستخدم فى حالات معينة ، ويلتزم باحترام شروط صرف الأموال واستعادتها ووضع هذه السجلات والوثائق تحت بصر شركة المشروع والمقرضين.[2]

المطلب الثاني

الالتزام بصيانة المنشأة

تتحمل شركة الصيانة مسئولية صيانة المنشأة ، وللصيانة صورتان : الأولى الصيانة الدورية ، والثانية الصيانة غير العادية.

وبموجب الصيانة الدورية تلتزم شركة الصيانة بفحص الآلات وإجراء الصيانة البسيطة فى المنشأة، أما الصيانة غير العادية ، فتتضمن أعمال الصيانة الدورية إضافة إلى إحلال الأجزاء المستعملة ، وتتحمل شركة الصيانة التكاليف المالية لهذه العملية.[3]

ويوضح اتفاق الصيانة تفصيلا الالتزامات التى تقع على عاتق شركة الصيانة فى حالة عطل الآلات ومعايير الصيانة توضيحا يسمح لشركة المشروع التأكد من تنفيذ المشغل لالتزاماته.[4]

ويثور التساؤل: هل الالتزام بالصيانة التزام بتحقيق نتيجة أو ببذل

---

1 Abd el Baki Samy, Op.cit, p.371.

2 Zallam Abdul Karim, Op.cit, p.196.

3 **Quignards Bernard**, les contrats de maintenance.Gaz.pal,17 janvier 1991 .1er sem.Doctrine ,p.32

4 Zallam Abdul Karim, Op.cit, p.196.

عناية.

هناك اتجاهان في الفقه ، الأول يرى أن الالتزام بالصيانة هو التزام بتحقيق نتيجة، عندما تكون التكنولوجيا المستخدمة بسيطة، وتم اختبارها. فإذا تخلف هذان الشرطان، كان الالتزام بالصيانة التزاما ببذل عناية.[1]

أما الثانى : فيميز بين أعمال الصيانة البسيطة وأعمال الصيانة غير العادية: فالالتزام بإجراء أعمال الصيانة الدورية هو التزام ببذل عناية، أما الالتزام بإجراء أعمال الصيانة غير العادية فهو التزام بتحقيق نتيجة عند تعلقه بإعادة المنشأة فى حالة صالحة للتشغيل فيما اعدت له ، ويكون التزاما ببذل عناية عند تعلقه بأعمال الصيانة الدورية.[2]

و الراجح، أن التزام شركة الصيانة فى إطارتمويل مشروعات bootهو التزام بتحقيق نتيجة، سواء اقامت شركة المشروع بأعمال الصيانة أم عهدت إلى شركة متخصصة بذلك،[3] وهو أمر بدهى ومنطقى، إذا ما أخذ فى الحسبان التزام شركة المشروع بنقل ملكية المنشأة عند نهاية مدة الترخيص إلى السلطة المتعاقدة فى حالة صالحة للتشغيل . فضلا عن أن ديمومة سير وانتظام المرفق تقتضى أن تتم أعمال الصيانة الدورية وغير العادية لضمان حسن سير المرفق باطراد.

وتحرص بعض عقود التشغيل على إلزام المشغل ليس فقط بالصيانة وإصلاح المعدات والآلات بل أيضا بتطوير الآلات ومعدات المرفق: ففى مشروعات الطرق والكبارى يشمل التزام المشغل وضع بوابة الكترونية أو استخدام كروت آلية إذا كان لذلك مقتض لرفع الكفاءة وتخفيض العمالة، ويعين العقد المقابل المادى لمثل هذه الخدمات ومقابل التكنولوجيا

---

1 Le Tourneau Phillippe, le contras de maintenance , Gaz .pal 1998 .2 sem,p.447.

2 Quignards Bernard, les contrats de maintenance,Op.cit, p.32.

3 Abd el Baki Samy, Op.cit, p.374.

المستخدمة.[1]

هذا، وهناك التزامات سلبية تقع على عاتق المشغل ، ويقصد بها الامتناع من جانب المشغل عن القيام بأعمال معينة من شأنها الإضرار بمصلحة شركة المشروع : فعلى سبيل المثال يمتنع على المشغل المساس بالقدرة الإنتاجية للمشروع وانتظام سيره . كما يمتنع عليه إصدار تعليمات للمقاول نيابة عن شركة المشروع فى شأن تغيير الأعمال، أو التغيير فى مواعيد التنفيذ فى الفترة السابقة على التشغيل التجارى دون موافقة كتابية مسبقة من شركة المشروع على ذلك ، كما يمتنع على المشغل الدخول فى علاقة مباشرة مع الجهة الإدارية أو الجهة مانحة الالتزام أو الموردين دون الحصول على توكيل كتابى مسبق من شركة المشروع.[2]

وتحرص اتفاقات التشغيل على الحد من مسئولية المشغل، ويتخذ تحديد المسئولية شكل التعويض الاتفاقى، حيث يلتزم المشغل بسداد التعويض المتفق عليه لشركة المشروع فى حالة إخلاله بالتزاماته الرئيسية فى الاتفاق، وهو تعويض يشكل الحد الأقصى لمسئولية المشغل، ويخضع لأحكام القواعد العامة للتعويضات الاتفاقية فى القانون المصرى.[3]

المبحث الثانى
التزامات شركة المشروع

يضع اتفاق التشغيل على عاتق شركة المشروع التزاما رئيسيا يتمثل فى سداد ثمن مقابل خدمات التشغيل، وثمة التزامات أخرى تابعة لهذا

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٨٦ .

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٩٢ .

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٩٢ .

الالتزام الرئيسي.ونعرض لهذه الالتزامات في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول
الالتزام بسداد ثمن مقابل خدمات التشغيل

مقابل عقد التشغيل هو المقابل النقدى الذى تلتزم به شركة المشروع لقاء التزامات التشغيل والصيانة ، وما يرتبط بذلك من التزامات أخرى قد يفرضها الاتفاق على المشغل.

ويتعين أن يشتمل العقد على هذا المقابل صراحة، أو - فى القليل - ينطوى على الأسس التى يتم بموجبها تقديره، وتتباين طرق تقدير الثمن في عقد التشغيل، شأنه في ذلك شأن عقد المقاولة كالآتى[1]:-

- فقد يكون التقدير ثابتا : وبمقتضاه يتم تقدير مقابل أتعاب المشغل فى العقد على نحو جازم بمبلغ إجمالى يظل ثابتا لا يؤثر فيه ما يطرأ من تقلبات فى أسعار الخدمة أو المواد . ولا يمكن تعديله فى هذه الحالة إلا في الظروف الطارئة وفقا للقواعد العامة . ويندر الالتجاء إلى هذا الأسلوب لتحديد مقابل خدمات التشغيل والصيانة.
- **التقدير على أساس ارباح المشروع :**

وفى هذا النظام يتم احتساب الثمن على أساس نسبة مئوية من أرباح المشروع: فإذا كان التشغيل ناجحا ، يتقرر للمشغل مكافأة تشجيعية تحدد قيمتها مسبقا . أما إذا كان التشغيل غير ناجح ، فيلتزم المشغل بدفع غرامة مالية متفق عليها.[2]

- **التقدير على أساس النفقات الفعلية مع إضافة أتعاب المشغل:**

فى هذا الفرض يتولى المشغل الإنفاق على العمليات التى يستلزمها

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ،ص٣٩٣ .

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.368.

تشغيل المشروع ، ويتولى حصر المصروفات فى قوائم، ثم يضيف إليها نسبة تمثل أجر الجهود التى بذلها فى تشغيل المشروع، ويتم الاتفاق على هذه النسبة فى العقد وعلى مواعيد استرداد المشغل لمقابل الجهود المبذولة.

والأخذ بأحد هذه الأساليب ليس حتميا ، وغالبا ما يمزج عقد التشغيل والصيانة بين أكثر من طريقة من هذه الطرق . فعادة ما يتضمن الاتفاق على مبلغ إجمالى مقابل أداء الخدمات ، ويكون الاتفاق قابلا للتعديل فى حالات معينة ترد على سبيل الحصر.

ويتم الاتفاق على احتساب الآلات والأجهزة على حسب تكلفتها الفعلية مضافا إليها أتعاب المشغل الخاصة بالتركيب متى تم الاتفاق على ذلك ، كما يتم الاتفاق على زيادة الثمن كل فترة زمنية بنسبة ثلاث سنوات.[1]

المطلب الثاني

التزامات أخرى على شركة المشروع

إذا كان الالتزام بالوفاء بالثمن هو الالتزام الأساس على شركة المشروع ، فإنه ليس الالتزام الوحيد . فهناك التزامات أخرى شاع الأخذ بها فى العمل الدولى منها :-

١) تمكين المشغل من حيازة الموقع حيازة هادئة على نحو يستطيع معه تنفيذ التزامه بالتشغيل وصيانة المرفق.

٢) التزام شركة المشروع وممثليها بالتعليمات واللوائح السارية على الموقع، خاصة المتعلقة بلوائح الأمان والتشغيل عند دخولهم الموقع.[2]

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ،ص٣٩٣

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ،ص٣٩٦.

٣) الحصول على التراخيص التى قد تتطلبها القوانين المحليـــة لاستعمال آلات أو أجهزة معينة.

٤) التعاقد مع الجهات المختصة بتوصيل الميـــاه والكهربـــاء والهاتف إلى موقع الأعمال.[1]

٥) قد يتضمن الاتفاق تمكين المشغل من ممارسة أنشطة تدر عائدا إضافيا للمشروع : فعلى سبيل المثال يحق للمـــشغل فى مشروعات الطرق شراء قطعـــة أرض واقعـــة علـــى الطريق محل التعاقـــد بغـــرض إقامـــة ورش ميكانيكيـــة؛ لإصلاح السيارات، مطاعم ومحلات ... الخ بهدف مواجهة المخاطر المرتبطة بعدم كفاية العائد الخاص بالمشروع.[2]

٦) قد يتضمن الاتفاق التزام شركة المشروع بإقامة المكاتـــب وجميع التسهيلات اللازمة بالموقع على نفقتها تيسيرا على المشغل للقيام بتنفيذ الالتزامات التى يتحملها.

٧) تقديم المساعدة اللازمة للمشغل للحصول على التـــرخيص لدخول العاملين الأجانب وإقامتهم.[3]

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريـــق القطاع الخاص ، مرجع سابق ،ص٣٩٦.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.368.

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريـــق القطاع الخاص ، مرجع سابق ،ص٣٩٦.

الفصل الثالث

العلاقة بين شركة المشروع ومؤسسات التمويل

يشكل توفير التمويل أو رأس المال ركيزة اساسية لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية التحتية الممولة بنظام boot .ويتحمل القطاع الخاص أساسا عبء التمويل اللازم لتنفيذ المشروع .

ويمكن حصر مكونات تكاليف المشروع فى الأتى :

أ- تكاليف التجهيز أو الإعداد للاستثمار: وتشمل التكاليف التى يتحملها مؤسسو المشروع فى التصميم المبدئى للمشروع .

ب- تكاليف التجهيز والإعداد للعطاء: ويشمل الترخيص الذى يتم إما بالاتفاق المباشر أو بالمنافسة بين مقدمى العطاءات وفى كلتا الحالتين تلتزم الأجهزه الحكومية بإعداد دراسات للمشروع، وتجهيز مستندات العطاء ، كما يلتزم المتقدمون للعطاء- حالة عدم وجود اتفاق مباشر - بالتحضير لعطاءاتهم.

ج- تكاليف تنمية المشروع : يتعين على المؤسسين فى هذه المرحلة إعداد مستندات التعاقد التى يتم على أساسها تمويل المشروع وتصميمه وتشييده وتشغيله، وهو ما يندرج تحت بند تكاليف تنمية المشروع

د- تكاليف التشييد : وتتضمن تكاليف اقامة المنشأة بصفة عامة بما فى ذلك شراء المعدات وتركيبها وهو مايندرج تحت بند تكاليف التشييد . ومن بين التكاليف التى يتعين حصرها ، بعد إتمام التشييد تكلفة تشغيل المنشأة . وأخيرا فإنه بانتهاء مدة العقد تلتزم شركة المشروع بنقل ملكية المشروع للسلطة المتعاقدة فى حالة سليمة و بالحالة التى تحقق الغرض أو الخدمة المأمولة من المشروع ،

وسداد مقابل إجراءات نقل الملكية على النحو المتفق عليه في اتفاق الترخيص.

ويتخذ تمويل مشروعات البنية الأساسية صورا ثلاثة:إما التمويل بالأسهم ، أو السندات ورأس المال الوسيط ، أوالقروض، وهو ما نطلق عليه التمويل النقدى، وإما عن طريق شراء أو استئجار الآلات والأدوات اللازمة لتشغيل المشروع ، وهو ما يحققه نظام التأجير التمويلي، ويطلق عليه التمويل العيني. ونبحث فى هذا الفصل التمويل المقدم من شركة المشروع في مبحث أول والتمويل المقدم من مؤسسات التمويل فى مبحث ثان.[1]

المبحث الأول

التمويل المقدم من شركة المشروع

تزايد فى الآونة الأخيرة الاعتماد على القطاع الخاص فى تمويل مشروعات البنية التحتية، ويتخذ التمويل المقدم من شركة المشروع شكلين: الأول التمويل النقدي، والثاني التمويل العيني، وهو ما سنعرض له، كل فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

التمويل النقدي

يتخذ التمويل النقدي أحد شكلين: الأول، التمويل بالأسهم، والثاني، التمويل بالسندات. ونعرض في هذا المطلب للتمويل بالأسهم والتمويل بالسندات ورأس المال الوسيط ، كل في فرع مستقل.

---

[1] Unido bot guide lines, Op.cit, p.196 et s; Zallam Abdul Karim, Op.cit, p.114 et s.

الفرع الأول

التمويل بالأسهم

يقدم هذا التمويل مؤسسو المشروع ومنفذوه ، كما قد تسهم الدولة فى هذا التمويل عندما تريد تشجيع مشاركة البنوك فى الاستثمار فى المشروع في مراحل المشروع التمهيدية.

وقد تسهم مؤسسات الاستثمار، كالبنوك وشركات التأمين والمستثمرين الوطنيين فى تمويل المشروع . وتسهم مشاركة هؤلاء فى ايجاد حلول للمشكلات المالية التى تواجه المشروع، خاصة فى مرحلة التنمية.[1]

ويحقق هذا التمويل العديد من الفوائد، خاصة فى مرحلة المشروع التمهيدية: فمن وجه أول ، لا يتصور قيام البنوك بتمويل المشروع دون إسهام مؤسسي المشروع فى تمويله . ومن وجه آخر ، فإن المشروع يكون فى محتاجا للتمويل.[2]

أولا : اشتراط البنوك المقرضه تقديم التمويل بالأسهم :

جرى العمل على أن تقدم شركة المشروع نسبة من التمويل اللازم؛ لإقامة المشروع . ولا توجد قواعد تنظم نسبة رأس المال إلى القروض، فالأمر يختلف من قطاع إلى آخر ومن دولة إلى أخرى ، وإن كان مؤكدا أنه كلما زادت المخاطر، قلت نسبة القروض إلى رأس المال ، وأيا كانت نسبة رأس المال إلى القروض، فإنه يتعين الأخذ فى الاعتبار ظروف السوق ومدى نجاح المشروع أو فشله.[3]

ثانيا : حاجة المشروع لهذا التمويل : -

تشكل الأسهم أهمية خاصة فى تلبية احتياجات المشروع من تمويل،

---

[1] Zallam Abdul Karim . Op.cit , p.108

[2] Abd el Baki Samy. Op.cit, p.67.

[3] Unido BOT guide lines . Op.cit , p.183

خاصة فى مراحله التمهيدية ومرحلة التشييد. ففى مرحلة الإعداد للمشروع يحتاج المؤسسون، للقيام بأعمال دراسات الجدوى ، والتقدم بالعطاء وتكوين شركة المشروع فى حالة قبول العطاء، إلى التمويل اللازم، وهو ما يحققه التمويل بالاسهم فى تلك المرحلة.

أما فى مرحلة التشييد ، فإن شركة المشروع تحتاج هذا التمويل لسببين:

أولهما ، أن المال المستثمر لا يغل عائدا كافيا لتشجيع المستثمرين على المشاركة فى تمويل أعمال التشييد ؛ وثانيهما ،اقتصار نشاط شركة المشروع فى هذه المرحلة على أعمال تشييد المنشأة.[1]

ويتميز التمويل بالأسهم عن صور التمويل الأخرى بأنه غير قابل للاستهلاك وغير مستحق الأداء ، إلا فى الحالة التى تؤول فيها ملكية المشروع إلى السلطة المتعاقدة بانقضاء مدة الالتزام، وهو من هذا المنظور يشكل فى ذاته ضمانا لمؤسسات التمويل فى مواجهة شركة المشروع[2] . وترتيبا على ذلك ، يتحمل المسهمون اعلى درجة من المخاطر المالية، وهم فى الوقت نفسه يحصلون على أكبر قدر من الربح بعد سداد قيمة الاستثمار الأولى. ويلاحظ أن المقرضين والحكومة يرحبون بالإسهامات الاستثمارية الضخمة فى رأس المال من جانب مؤسسى المشروع ، لأن ضخامة الاستثمارات تخفف من عبء خدمة الدين، وهوما ينعكس إيجابا على التدفق النقدى للمشروع [3].

من وجه آخر ينبنى على ما تقدم انطواء التمويل بالأسهم على مخاطر تجاوز المخاطر التى تتحملها البنوك ومؤسسات التمويل، ومن ثم فإذا كان فائض التصفية، بعد سداد الديون لا يكفي للوفاء بالقيمة الأسمية

---

[1] Abd el Baki Samy , Op. cit ,p.68

[2] Abd el Baki Samy, Op. cit , p.62

[3] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص١٩ .

للأسهم، فمعنى ذلك أن المشروع مني بالخسارة وتحمل المستثمرون عبأها ؛ وعلى العكس ، فإن حملة الأسهم يحصلون على أعلى ربح فى حال نجاح المشروع ، فكل زيادة فى الأرباح تؤدي إلى ارتفاع قيمة الأسهم.[1]

وإذا كان الأصل أن السهم لا يستهلك طالما كانت الشركة باقية؛ لأنه يمثل حصة الشريك فليس له استرداد حصته مادامت الشركة قائمة.ومع ذلك فقد تلجأ الشركة إلى استهلاك أسهمها لأسباب ضرورية، ويظهر ذلك فى الحالة التى تكون فيها الشركة حاصلة على امتياز حكومى لمدة معينة كشركات الكهرباء والماء أو استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية ، ففى مثل هذه الصور إذا تربصت الشركة حتى انقضاء مدة الامتياز الممنوح لها فإنه يصعب على المسهمين الحصول على قيم أسهمهم عند نهاية مدة الشركة، وهو ما يدفع الشركة إلى استهلاك أسهمها عاما بعد عام، حتى إذا ما انقضت مدة بقائها تكون قد ردت قيمتها لجميع المسهمين.

ولما كان الاستهلاك نظاما استثنائيا فانه يتعين النص عليه فى نظام الشركة، ولا يجوز فى غياب النص للجمعية العمومية العادية أو غير العادية أن تقرر الاستهلاك عن طريق تعديل النظام؛ لما فى ذلك من مساس بحقوق المسهمين الأساسية.[2]

وقد عرض القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ لهذا الأمر فى المادة (٣٥) التى نصت على أنه "لا يجوز إصدار أسهم تمتع إلا بالنسبة إلى الشركات التى ينص نظامها على استهلاك أسهمها قبل انقضاء أجل الشركة. بسبب تعلق نشاط الشركة بالتزام بإستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة ممنوح لها لمدة محدودة أو بوجه من أوجه الإستغلال مما يستهلك بالإستعمال أو يزول بعد مدة معينة" .

والمادة ١١٥ من اللائحة التنفيذية من ذات القانون والتى نصت

---

[1] Zallam Abdul Karim. Op.cit. p.109 et s.

[2] محمد فريد العرينى ، شركات الأموال ، طبعة ٢٠٠١ ، ص٢٧٠ وما بعدها.

على:" يتم استهلاك الأسهم بإحدى الطريقتين الآتيتين حسب ما يحدده النظام:

(أ) رد القيمة الأسمية للأسهم التى يتم اختيارها سويا بطريق القرعة حتى نهاية مدة الشركة.

(ب) رد جزء من القيمة الأسمية لجميع الأسهم سنويا، بحيث يتم الأستهلاك الكلى على المدى الزمنى الذى يحدده نظام الشركة.

الفرع الثانى
السندات ورأس المال الوسيط

أولا: السندات

عقب إقامة المشروع وتشغيله التجاري، قد يتم إعادة التمويل مرة أخرى بطرح سندات يكون الغرض منها سداد قروض البنوك ومؤسسات التمويل بشروط أخف وتكاليف أقل[١]

وقد شاع استخدم هذه الصورة من التمويل في مشروعات البنية التحتية، من ذلك مشروع بناء مصنع للتحلل الكهربائي للألمونيوم، حيث أصدرت شركة دنكرك للألومنيوم aluminium Dunkerque سندات لضمان الحصول على التمويل اللازم للبناء وتزويد المشروع بالمعدات، وفي مشروع نفق prado – Carénage بمرسيليا.[٢]

ولا يتصور عملا الالتجاء إلى الاقتراض من الجمهور بإصدار سندات إلا بالنسبة إلى الشركات المساهمة أو التوصية بالأسهم في ظل القانون المصري، اذ أنهما الشركتان الوحيدتان المصرح لهما بإصدار أوراق مالية، وهو ما لا يتم إلا بعد مرحلة التشغيل التجاري، حيث تتوفر

---

[1] هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ١٥٨.

[2] Abd el Baki Samy. Op.cit, p.79.

ضمانة عامة للجمهور ومشتري السندات تتمثل فى ريع المشروع.[1]

ولا يقتصر الاكتتاب على السندات من قبل الجمهور، حيث قد تسهم البنوك التجارية ووكالات المعونة ثنائية ومتعددة الأطراف والبنك الدولي ومؤسساته في تمويل مشروعات البنية الأساسية.[2]

وحامل السند دائن للشركة وليس شريكا أو مسهما فيها، ويمثل دينا جماعيا طويل الأجل على الشركة يعقد عن طريق الاكتتاب العام ، وهو صك متساوي القيمة، ويقبل التداول، شأنه شأن السهم، ولا يقبل التجزئة، وقد يكون مضمونا برهن أو كفالة، شأنه في ذلك شأن القرض.[3]

ثانيا: رأس المال الوسيط mezzanine capital :-

صورة جديدة من الأوراق المالية أوجدها العمل فى فرنسا لعلاج نقص التمويل فى المشروعات المتعثرة.وقد درج على تسميته برأس المال الوسيط، حيث يجمع بين خصائص الأسهم والقروض، من حيث إن حاملها يكون دائنا للشركة من ناحية، ويحق من ناحية أخرى لهؤلاء المقرضين شراء حصص ، كما يتمتعون بميزة شراء أسهم بأسعار تفضيلية.

وقد نظم قانون القروض التشاركية prêt participatif فى فرنسا الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٧٨ ، وكذلك قانون الإفلاس الأمريكى مسألة إصدار هذه الصكوك ، وتجمل احكام هذا القانون فيما يلي [4]:

١. قروض طويلة الأجل يرتبط استردادها بنجاح المشروع ووفاء شركة المشروع.بما عليها من ديون للبنوك المقرضة.[5]

---

[1] محمد فريد العريني، شركات الأموال، طبعة ٢٠٠١، مرجع سابق ، صـ ٢٩٦ ما بعدها.

[2] Unido BOT guide lines, Op.cit, p.186 et s.

[3] محمد فريد العريني ، شركات الأموال ، طبعة ٢٠٠١ ، مرجع سابق ، ص٢٩٦ وما بعدها.

[4] Peyramure Philippe, Les problèmes juridiques lies à l'intervention de la banque,Banque & droit,Jan-fev 1994,p.30.

وكذا حسن هنداوى ، مشروعات BOOT ، دار النهضة العربية ، هامش ص٤٤ وما بعدها.

[5] Guide Pratique du Financement des enterprises, 1986, 3 em edition, p.79.

٢. تعهد حملة الصكوك باستحقاق أصحاب الديون الممتازة والعادية لما لهم من حقوق قبل المدين قبل وفاء الأخير لما عليه من دين لحملة الصكوك.[١] وعليه تتمتع البنوك المقرضة بأولوية في استيفاء حقها قبل حملة الصكوك، تجد مصدرها في تضمين العقد المبرم بين شركة المشروع وحملة الصكوك اشتراطا لمصلحة البنوك المقرضة، بموجبه تستوفى البنوك المقرضة ما لها من حقوق أولا قبل استيفاء حملة الصكوك لحقوقهم.كما يتم تضمين العقد المبرم بين شركة المشروع والبنوك تعهدا من حملة الصكوك باستحقاق البنوك المقرضة لما لها من حقوق لدى شركة المشروع قبل وفاء الأخيرة بما عليها من دين لحملة الصكوك.[٢]

ويذهب جانب من الرأي إلى القول بأن الإقرار بشرط التبعية بما يعنيه من أن حملة الصكوك تكون فى مرتبة تالية للبنوك المقرضة ومؤسسات التمويل لدى استحقاق ديونها لدى شركة المشروع وسابقة على حملة الأسهم لا يخل بمبدأ المساواة بين الدائنين غير المقرر لهم حق التقدم طبقا لنص المادة ٢٠٩٣ مدني فرنسي والمادة ٢٣٤ مدني مصري لسببين:

١. عدم تعارض الشرط مع النظام العام، فيجوز للدائن أن يتنازل عن حق التقدم المقرر له في استيفاء دينه مع سواه من الدائنين.

٢. من وجه آخر ، فإن شرط التبعية يتشابه وحوالة حق الاولوية المقرر للدائن وبمقتضاه تنتقل الاولوية فى استيفاء الحقوق من الدائن المتنازل إلى الدائن المحال إليه والذى يليه في

Philippe Peyramure.Op.cit ,p.31[1]
Abd el Baki Samy, Op.cit ,p.86. [2]

المرتبة(١) .

ولما كان رأس المال الوسيط تحيطه المخاطر التى لا تحيط الدين الممتاز، كان من اللازم تعويض حملة الصكوك ويتحقق ذلك بأحد طريقين:

١. الاتفاق على أن تكون الفوائد المستحقة عن هذا التمويل أكبر من تلك المستحقة عن القروض.
٢. المشاركة الجزئية فى التمويل اللازم لتنفيذ المشروع، وذلك عن طريق الاكتتاب فى أسهم المشروع والحصول على نسبة من الأرباح المأمولة منه.[٢]

ولصكوك التمويل أهمية كبرى بالنسبة لرعاة المشروع ومؤسسات التمويل والبنوك المقرضة وغيرها من الدائنين الآخرين لشركة المشروع، مثل الموردين والمتعاقدين من الباطن.

فهى بالنسبة لشركة المشروع وسيلة مهمة وأيسر سبيلا من القروض البنكية فى تمويل المشروع.[٣]

كما أنها تشكل مصدرا ماليا إضافيا يسهم فى زيادة رأس مالها ، كما يسهم العائد الناتج عن تشغيل المشروع ، فى حال نجاحه فى مواجهة عبء خدمة الدين الناشيء عن القرض.[٤]

أما بالنسبة لمؤسسات التمويل ، فإن الصكوك تشكل أهمية كبرى، حيث تخفف من حدة المخاطر التى تتحملها البنوك المقرضة بتحقيق قدر من السيولة للمشروع فى الحالة التي تعجز فيها عوائده عن الوفاء بديون الشركة.[٥]

وأخيرا ، لا تقتصر أهمية الصكوك فى نطاق تمويل مشروعات

---

1 Abd el Baki Samy, op.cit, p.82.

2 Abdul Karim, Op.cit, p.111; et BOT Guide lines, Op.cit, p.184.

3 Abd el Baki Samy, Op.cit, p.72.

4 Unido Bot Guidelines, Op.cit, p.184.

5 Zallam Abdul Karim, Op.cit, p.111.

boot على المقرضين وشركة المشروع، بل تتصرف إلى دائنى المشروع الآخرين مثل الموردين والمتعاقدين من الباطن، حيث يكون لهم الأولوية فى استيفاء حقوقهم لديها قبل توزيع الأرباح الخاصة بالصكوك من ميزانية الشركة.[1]

المطلب الثاني
التمويل العيني

يتأسس التأجير التمويلي على : توفير أصل رأسمالي دون التزام المستأجر بسداد قيمة الأصل دفعة واحدة فورا وأن القيمة الإيجارية يكون متفقا عليها ، وأن الملكية تظل ثابته للمؤجر طوال مدة العقد ضمانا لاسترداد رأسماله المستثمر، وأخيرا ، يثبت للمستأجر الخيار الثلاثى فى تحديد مصير الأصل فى نهاية مدة العقد،[2] فله أن يرده، وله أن يعيد استئجاره، وأخيرا له أن يبتاعه.

ويتميز التأجير التمويلي بالخصائص الأتية :-

١) مدة الإيجار غير قابلة للإلغاء.وهى تكون لمدة طويلة يتفق الطرفان على عدم جواز الغائها خلالها قبل انقضاء المدة المتفق عليها والمحددة فى العقد والهدف منها أن تسترد الشركة المؤجرة كل ما دفعته فى الأصل المؤجر أو معظمه مع هامش من الربح .[3]

٢) للمستأجر حق مطلق فى استعمال الأصل شريطة ألا يؤدي إلي استهلاكه قبل استرداد قيمة الائتمان. يتولى المستأجر اختياره ويتحمل تكاليف الصيانة والإصلاح، كما يقع على عاتقه مسئولية قدمه أو صيرورته غير مواكب مع التقنيات.

---

[1] Abd el Baki Samy. Op.cit. p.73.

[2] نجوى ابراهيم البدالي ، مرجع سابق ، ص٣١.

[3] هانى دويدار . مرجع سابق ، ص٩٩ .

٣) التأجير التمويلي وسيلة للتمويل بغرض التأجير لا التمليك.[1]

وعليه، فإن التأجير التمويلي يشكل بديلا لسبل التمويل التقليدية، كالإقراض البنكى أو تمويل المستأجر استثماراته ذاتيا، حيث تضطلع شركة التأجير التمويلي بمهمة دفع ثمن الأصول المؤجرة التى يحدد المستأجر مواصفاتها وشروطها دون تدخلها فى النواحى الفنية.[2] فشركة التأجير التمويلي ترتبط بالمستفيد برباط مالي يتمثل فى دفع ثمن شراء الأصل، على أن تسترد المال المستثمر فى الائتمان الممنوح للمستفيد من خلال القيمة الإيجارية التى يدفعها الآخر طوال مدة العقد التى تغطى ثمن شراء الأصل وهامش ربح مرض، وتحتفظ الشركة بملكية الأصل المؤجر طوال مدة التأجير لضمان حصولها على هذه المبالغ.[3]

والتأجير التمويلي بوصفه آلية من آليات التمويل يختلف عن القرض فى أن المؤجر يتملك المعدة أو الآلة طوال مدة الإيجار، وهو ما يحقق له ضمانة طوال مدة الإيجار ، وإن جاز الاتفاق على نقل تبعة الهلاك إلى عاتق المستأجر.[4]

وبدهى أن التأجير التمويلي لا يتصور اللجوء إليه وحده كوسيلة لتمويل المشروعات، حيث يرد التمويل على جزء منها فيما يتصل بالآلات والمعدات.[5]

وللتأجير التمويلي مزايا عديدة لشركة المشروع، وتتمثل في:-

١. السيطرة والإشراف الكامل على المشروع ، فضلا

---

[1] محمود محمد فهمى ، التأجير التمويلي ، بدون اسم ناشر ، دون تاريخ ، ص٢٠ .

[2] نجوى ابراهيم البدالي ، مرجع سابق ، ص١٨٩ .

[3] هانى دويدار ، مرجع سابق ، ص٩٥ وما بعدها.

[4] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٥٦ .

[5] هانى دويدار ، مرجع سابق ، ص٥٠ .

عن أنه أقل تكلفة من تكاليف القرض العادى [١]، فالمستأجر يحصل على كامل التمويل فى عقد التأجير التمويلي دون الالتزام بتقديم ضمان للمالك، كما هو الحال فى القروض المصرفية مما يسهم فى القيام بعمليات الإحلال والتجديد لأصول المشروع الإنتاجية بأحدث التقنيات التى تساعد على زيادة الإنتاج وجودته مقابل القيمة الإيجارية التى يتم الاتفاق عليها فقط، وبذلك يمكن للمشروع ملاحقة التطور التكنولوجى المطرد دون تحميل ميزانيته بأعباء مالية جديدة، حيث لا تمثل أقساط الأجرة عبئا ماليا بالنسبة لأقساط الديون وفوائدها.[٢]

٢. يتمتع المستأجر فى عقد التأجير التمويلي بمزايا ضريبية، إذ تخصم تكاليف الأجرة من الضريبة بوصفها مصاريف تشغيل. [٣]

وقد نص المشرع المصرى فى المادة ٢٥ / ١ من قانون التأجير التمويلي رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ على أن" تعتبر القيمة الإيجارية المستحقة خلال سنة المحاسبة من التكاليف الواجبة الخصم من أرباح المستأجر وفقا للتشريعات الضريبية السارية، ويجب على المستأجر أن يدرج بصورة واضحة فى حساب الأرباح القيمة الإيجارية المستحقة تنفيذا للعقد، مع بيان ما إذا كان المال المؤجر منقولا أو عقارا".[٤]

٣. يسهم التأجير التمويلي فى خفض تكاليف المشروع، بإتاحة الفرصة لشركة المشروع بالانتفاع بالأدوات محل الإيجار

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، هامش ص ١٥٦ .

[2] نجوى البدالي ، مرجع سابق ، ص٣٣ وما بعدها .

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق لقطاع الخاص ، مرجع سابق ، هامش ص ١٥٦ .

[4] الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢ مكرر فى ٢ يونيو ١٩٩٥ .

دون حاجة إلي شرائها وتوجيه ما لديها من أموال كانت ستجمدها في حالة الشراء إلي وجه آخر من أوجه الاستثمار داخل المشروع.[1]

٤. يسهم التأجير التمويلي فى خلق حالة يسار ظاهرى للمستأجر، إذ لا يتم تدوين أقساط الأجرة فى جانب الخصوم بميزانية الشركة، وإنما فى جانب الأرباح والخسائر كمصروفات، ومن ثم يعطى المستأجر فرصة للحصول على ائتمان آخر فى صورة قروض أو خطاب ضمان.[2]

٥. يجنب التأجير التمويلي شركة المشروع المخاطر المرتبطة بالركود التقنى للأصل المؤجر فى حالة ظهور تقنية جديدة تنعكس سلبا على قيمة المعدة خلال فترة التأجير[3].

المبحث الثانى
التمويل المقدم من مؤسسات التمويل

يتطلب تشييد وتشغيل المشروعات الممولة عن طريق القطاع الخاص بنظام boot أموالا طائلة قد يعجز بنك منفرد عن تمويلها وتحمل مخاطرها، وهو ما يدفع شركة المشروع إلي الاتفاق مع أكثر من بنك على تمويل المشروع ، فعلى سبيل المثال، كانت تكلفة مشروع نفق المانش عشرة مليارات دولار ، وحصلت شركة المشروع على مبلغ ثمانية مليار دولار ، وهو المبلغ الذي يتعذر أن يقدمه بنك على سبيل الانفراد .[4]

---

[1] على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية، ١٩٨٨ ، صـ ٤٠.

[2] نجوى البدالي ، مرجع سابق ، ص٣٥ .

[3] نجوى البدالي ، مرجع سابق ، ص ٣٧.

[4] Ganem Pierre – henry. Financement de projet RDAI. n5. 1996. p.673.

وتختار البنوك المقرضة أحدها ليكون ممثله وكيلا عنها فى إدارة القرض.ويلتزم الوكيل بمباشرة جميع أعمال الإدارة اللازمة، ومن بينها على سبيل المثال إمداد شركة المشروع بدفعات القرض المتفق عليها فى العقد.[1]

ولما كانت شركة المشروع أجنبيا عن عقد الوكالة المبرم بين وكيل البنوك وسائر البنوك المقرضة، فإن مسئولية الأول عن الأضرار التى تلحق شركة المشروع من جراء خطئه فى الادارة – وعلى سبيل المثال – التأخير في فتح حساب المبالغ المستحقة لشركة المشروع، هى مسئولية تقصيرية يستوجب اثباتها توفر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

ويتولى التجمع البنكى ومن بينهم وكيل المقرضين إبرام عقد القرض مع شركة المشروع.[2] وبمقتضى عقد القرض تلتزم البنوك المقرضة بأن تضع تحت يد شركة المشروع مبلغ القرض الذى تعهدت بتقديمه، بحيث يكون كل بنك ملتزما على استقلال بتقديم نصيبه الذى تعهد بتقديمه من مبلغ القرض دون تضامن بينهم، غير أنه إذا تخلف أحد البنوك عن سداد نصيبه، إلتزم التجمع البنكي إما بإحلال متعاقد آخر محل الدائن الذى لم ينفذ التزامه أو زيادة نصيب كل بنك فى مبلغ القرض والرجوع على الدائن الذى تخلف عن تنفيذ التزامه، إذا توافرت شروط المسئولية العقدية؛ لذلك فإن مسئولية البنوك المقرضة عن الوفاء بالتزاماتها وإن لم يقم بينها تضامن، فإن الفقه يطلق عليها ما يسمى بالالتزامات المشتركة obligation conjoints. وللبنك الذى عجز عن تنفيذ التزاماته حوالة حقوقه والتزاماته إلي بنك آخر، على أن يخطر وكيل البنوك وشركة المشروع بالحوالة.

أما عن حقوق البنوك المقرضة فان حقها الرئيسى يتمثل فى

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.105 et s.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p. 110.

استحقاق أصل الدين وفوائده، وفى نطاق تمويل المشروع بنظام boot فإن عقود القرض تجرى على تضمين العقد شـرطا بموجبـه يكـون للبنـوك المقرضة حق أولوية فى الحصول على ما يدره المشروع من عائد ضـمانا لاستيفاء حقوقها قبل شركة المشروع.[1]

وعليه نعرض لشروط وأحكام عقد القرض المبـرم بـين شـركة المشروع والبنوك المقرضة فى مطلب وحيد.

مطلب وحيد

شروط عقد القرض وأحكامه

تحتل القروض المرتبة الأعلى فى التمويل اللازم لتنفيذ المشروع ، ويحرص المقرضون على أن يكون لهم الأولوية فى استيفائها بحلول أجـل الوفاء ، ومن ثم يتحملون أدنى قـدر مـن المخـاطر المرتبطـة بتمويـل المشروع.[2]

ومن الناحية العملية ، لا توجد قواعد تنظم نسبة القروض إلي رأس المال، فالأمر يختلف من قطاع إلي آخر ومن دولة إلي أخرى، وإن كـان مؤكدا أنه كلما زادت المخاطر، كلما قلت نسبة القروض إلي رأس المـال ، وأيا كانت نسبة رأس المال إلي القروض، فإنه يتعين الأخذ فـى الاعتبـار ظروف السوق ومدى نجاح المشروع أو فشله.[3]

وتتنوع آجال التمويل المقدمة من البنوك ، حيـث تقـدم البنـوك التجارية قروضا متوسطة وقصيرة الأجل بسعر فائدة عائم ، كما قد تـسهم فى التمويل من خلال السندات التى تطرحها شركة المـشروع. ويـستحق القرض ما بين ثلاث وخمس سنوات ، ونادرا ما يتجاوز أجـل اسـتحقاق

---

[1] Abd el Baki Samy. Op.cit, p.113.

[2] Unido BOT guide lines. Op.cit, p.183.

[3] Unido BOT guide lines. Op.cit, p.137-138.

القرض سبع سنوات ، وقد تسهم البنوك المقرضة فى رأس مال المشروع بغية ثبوت حقها فى الرقابة على إدارة المشروع.[1]

ويحتوى عقد القرض على بنود اتفاقية ونموذجية أيا كانت طبيعة المشروع:

الشروط الواقفة :-

وهى شروط تهدف فى مجملها إلي التحقق من كفاءة شركة المشروع وصحة تكوينها وسلامة جميع الإجراءات والموافقات اللازمة لإبرام عقد القرض . كما تحرص البنوك المقرضة على استطلاع الرأى القانونى من محام مستقل من دولة المقرض بصحة ونفاذ العقد ، وعدم مخالفته للنظام العام أو الآداب في دولة المقترض[2] . كما يدخل ضمن طائفة الشروط إلتزام المقترض بتقديم جميع العقود الرئيسية لتنفيذ المشروع وما يستوجب من تراخيص ومن عقود أخرى تتعلق بتشغيل المشروع بعد انشائه.[3]

الشروط المسبقة لسداد الدفعات المختلفة من قيمة القرض من قبل البنوك المقرضة:-

تدرج هذه الشروط فى اتفاق القرض نظرا لضخامة التمويل بالنسبة لمشروعات البنية الأساسية والتى قد تصل لمئات الملايين من الدولارات، وهي مالا تستطيع البنوك المقرضة سداده إلا على دفعات . وتربط كل دفعة من مبلغ القرض بمدى تقدم المشروع ، ولذلك عادة ما تحتوى عقود القرض على شروط واقفة لسداد كل دفعة على حدة من مبلغ القرض : منها أن يكون المقترض قد أوفى بكل تعهداته والتزاماته ومدى تقدم المشروع وتطوره نحو اكتماله وبدء تشغيله، ومنها اشتراط المراجعة الفنية لما تم

---

1 Zallam abdul karim, Op.cit, p.119.

2 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٢٦٨ .

3 Zallam abdul karim, Op.cit, p.120 : 121.

تنفيذه من أعمال لسداد باقى الدفعات، وقد تربط سداد دفعة ما بالقيام بإجراء قانونى مثل رهن المحل التجارى أو إصدار خطاب ضمان.[1]

نصوص تعاقدية لضمان حد أدنى من العائد للبنوك المقرضة:

تسعى البنوك إلي نقل أية مخاطر قد يكون من شأنها المساس بالعائد الناتج عن تشغيل المشروع، ويتحقق ذلك بتضمين الاتفاق أنواعا مختلفة من البنود التعاقدية:

بند الإضافة:

ومؤدى هذا البند أنه فى حالة فرض ضرائب على فوائد القـروض التى يوجب القانون خصمها من المنبع ، فإن المقترض يلتزم بسداد مبلـغ إضافى يعادل هذا المبلغ يضاف إلي المبالغ المدفوعة من المقترض.

بند اضطرابات السوق:

ومؤدى هذا البند أنه فى حالة نقص السيولة من العملة الأجنبية فى سوق الإقراض الخاص بالمقرض مما يضطر معـه هـذا الأخيـر إلـي الاقتراض من سوق آخر بسعر أعلى للوفاء بالتزامه قبل المقتـرض فـإن الأخير يتحمل الفارق فى سعر الفائدة الذى تحمله المقرض.[2]

بند الإقرار والتعهدات:

تفترض هذه الإقرارات والتعهدات وجود وقائع مادية وقانونية قائمة وقت إبرام العقد، وينصرف التعهد والإقرار باستمرار هذه التعهدات لـيس فقط وقت إبرام عقد القرض ، ولكن تبقى طوال مدة نفاذه ، وهذه التعهدات تواجه الخشية من أن يؤدى إخلال المقترض بالتزاماته التعاقدية مع الغيـر إلي قيام هذا الأخير بمقاضاة المقترض والتنفيذ على أصل المشروع مما قد يؤدى إلي ارتباك أعماله والمساس بضمانات البنوك الدائنة واضـطرارها

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طرق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٢٦٩ .

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق الخاص ، مرجع سابق ، ص٢٧٢ وما بعدها.

لتفعيل حقها فى الرهن في وقت غير مناسب، حيث تكون قيمة الأصول المرهونة فى أقل معدلاتها.

ومن أمثلة هذه التعهدات: الإقرار بصحة تكوين شركة المشروع ، وعدم مخالفة أي من القوانين السارية ، وعدم وجود أخطاء أو إخلال تعاقدى فى اتفاقات أخرى يكون المقترض طرفا فيها ، وهى من التعهدات الشائعة فى مجال القروض الدولية تعرف بمبدأ الإخلال المقابل cross default .

وأخيرا من بين التعهدات التى تندرج تحت هذه الطائفة :التعهد بصحة القوائم المالية وحسابات شركة المشروع التى تم تقديمها إلي البنوك المقرضة والتعهد بأنه لم يطرأ على هذه القوائم والحسابات أى تغيير جوهرى.[1]

الالتزامات المرتبطة بتنفيذ المشروع:

يجمع هذه الالتزامات ارتباطها بتنفيذ شركة المشروع للأعمال اللازمة لإقامة مشروع البنية الأساسية محل التمويل، وما يتصل بذلك من تنفيذ العقود والاتفاقات الرئيسية الخاصة بالمشروع، ومن هذه الالتزامات:

اولا: الالتزام بتنفيذ الاتفاقات الرئيسية الخاصة بالمشروع:

ويعد اتفاق المشروع من أهم الاتفاقات الجوهرية التى يترتب على الإخلال بها فسخ العقد، وتعريض المشروع لخسائر جسيمة . فضلا عن التزام شركة المشروع بتعويض دائنيها عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات ، ومن ثم ، بات للبنوك المقرضة مصلحة مباشرة فى التحقق من قيام شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها على النحو الوارد باتفاق المشروع ، والإخلال بذلك تنعقد به مسئولياتها العقدية وفقا لأحكام عقد القرض ، ويرتبط بهذا الالتزام التزام شركة المشروع بإنشاء المشروع وتشغيله وفق المتبع فى

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،مرجع سابق ،ص٢٧٥ وما بعدها.

الأنشطة المماثلة.[1]

ثانيا: التزام شركة المشروع بفتح حساب احتياطى أو أكثر لخدمة المديونيات: ويخصص هذا الحساب لسداد قيمة القرض وفوائده فى الأحوال التى يتعرض فيها المشروع لخسائر مؤقتة أو انخفاض طاقة التشغيل.

ثالثا: التزام شركة المشروع بفتح حساب التدفق النقدى: ويضم هذا الحساب جميع التدفقات النقدية والعائدات الناشئة عن التشغيل، ويتم تخصيصها للصرف على سداد القروض والضرائب المستحقة على الشركة.[2]

رابعا: تلتزم شركة المشروع بفتح حساب الاستثمار:ويضم جميع المبالغ التى يدفعها المسهمون فى الشركة، كما يضم جميع دفعات مبالغ القرض التى تقدمها البنوك المقرضة ، ويقتصر السحب – فى مرحلة التشييد – من هذا الحساب على المبالغ المستحقة لأعمال التوريد والمقاولة اللازمة لتكلفة الإنشاء والتشغيل.

خامسا: تلتزم شركة المشروع بفتح حساب التعويضات: ويضم هذا الحساب جميع المبالغ التى يلتزم بها الغير على سبيل التعويض، سواء أكان شرطا جزائيا مستحقا لشركة المشروع عملا بالاتفاقات المبرمة بينها وبين المقاول أو المورد ،أو قيمة التأمين المستحق للشركة أيا كان نوعه.

وإذا كانت التعويضات تخصص لسداد قيمة القرض المستحق للبنك وفوائده، فان مبالغ التأمين تخصص لاعادة اصلاح المرفق عما أصابه من أضرار.[3]

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ،مرجع سابق ،ص٢٧٨.

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ،ص٢٨٢ وكذا

Zallam abdul karim, Op.cit, p.121.

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ،ص٢٨٢

سادسا : التزام شركة المشروع بمباشرة حقوقها التعاقدية كافة في مواجهة باقى أطراف المشروع:

ويهدف النص على ذلك الزام شركة المشروع بمباشرة حقوقها فى المطالبة بالتعويض فى حق الأطراف المتعاقدين معها كالمشغل ، أو المورد فى تنفيذ التزاماته ، وتبدو أهمية هذا النص فى الأحوال التى يكون فيها المشغل أو المورد أو المقاول هم المسهمون الرئيسيون فى شركة المشروع، حيث يظهر تعارض في المصالح بين صفتهم تلك ومصلحة شركة المشروع.[1]

سابعا: حظر مباشرة أعمال معينة مرتبطة باتفاقات عقود المشروع قبل الحصول على موافقة البنوك المقرضة:

تستلزم البنوك المقرضة حصول المقترضين على موافقتها المسبقة قبل قيام شركة المشروع بتصرفات قانونية معينة، من شأنها التأثير على جدوى المشروع الفنية أو المالية وفقا لطبيعة النشاط والعرف السائد ، ومن التطبيقات العملية فى هذا الصدد ما تنص عليه عقود القروض الدولية من الحظر على شركة المشروع:

إصدار أو تغيير الأعمال وفقا لعقد المقاولة إذا تجاوزت قيمة التغيير أو الاصدار مبلغا معينا قبل الحصول على موافقة مسبقة من البنك المقرض.[2]

ثامنا: الالتزام بالاستمرار فى تشغيل المشروع بعد انشائه رغم عدم تحقيق التدفقات النقدية أو العوائد المتوقعة:

بموجب هذا الشرط، تلتزم شركة المشروع بالاستمرار فى تشغيل المشروع ولو كان الاستمرار فى التشغيل غير مجد اقتصاديا ، ويوجب هذا الشرط الحصول على موافقة البنوك المقرضة التخلى عن المشروع ووقف

---

[1] راجع ما سبق خصائص عقد boot ، القسم الأول الباب الأول.

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق الخاص ، مرجع سابق ، ص٢٧٩ .

التشغيل ، وجرت العادة على تضمين العقد المـدة التـى لا يحقـق فيهـا المشروع حدا أدنى من الدخل بثلاث سنوات متتالية ، وثبوت عدم جـدوى اضافة أية تكاليف استثمارية لتشغيله.[1]

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق الخاص ، مرجع سابق ، ٢٨٠ .

الباب الثاني

تعدد المخاطر

تمهيد:

يحيط تنفيذ مشروعات البنية التحتية المقامة بنظام BOOT العديد من المخاطر أثناء مرحلتي التشييد والتشغيل بصورة قد تؤثر على نجاح المشروع وعدم تحقيق العائد المأمول.

وفي سبيل الحد من هذه المخاطر تشترط البنوك المقرضة الحصول على ضمان يجنبها عقبات فشل المشروع وعدم استيفاء ما لها من حقوق.

ونعرض في هذا الباب لصور المخاطر التي تحيط بالمشروع والضمانات الكفيلة بمواجهة تلك المخاطر في فصلين.

مظاهر التعدد　　　الفصل الأول

ضمانات المخاطر　　　الفصل الثاني

الفصل الأول

مظاهر التعدد

يقصد بالمخاطر المرتبطة بالمشروع الوقائع المادية أو القانونية التى تطرأ بعد البدء فى المشروع والتى يترتب عليها الضرر أو الخسارة بأحد أطراف المشروع، وهى ما قد تتمثل فى زيادة تكلفة المشروع أو تأخير تنفيذ أى من الالتزامات الناشئة عن العقد، أو وجود عيب أو خلل فى التنفيذ أو الأداء ، أو ما يمس الكفاءة الفنية أو الإنتاجية للمشروع.[1]

كما يمكن تعريفها بأنها حدث ممكن الوقوع خلال فترة زمنية محددة، غير محددة النتائج على وجه يقيني ، وهى بهذا المفهوم تقوم على أمرين: احتمال الحدوث أيا كانت درجته ، وأهمية النتائج المترتبه عليه، سواء اكانت تلك النتائج إيجابية أم سلبية.

ومن المسلم به أنه منذ بدء التعاقد يفترض وجود توازن بين طرفي العلاقة، فإذا تغيرت الظروف بما من شأنه الإخلال به تبدأ الأطراف المعنية فى البحث عن حلول تعود به إلى ما كان عليه ، وهو أمر شديد الأهمية فى إطار مشروعات البنية التحتية بوصفها من عقود المدة الطويلة التى يتعذر معها التأكد من الظروف الاحتمالية المنشئة للمخاطر.[2]

وفي ضوء العرض السابق سنعرض فى هذا الفصل لأنواع المخاطر التى تحيط بالمشروع، وكيفية توزيعها؛ لإيجاد التوازن بين الأطراف المتعاقدة؛ كل فى مبحث مستقل.

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص١٦٦.

[2] مصطفى الحبشى ، مرجع سابق ، ص٦٦.

المبحث الأول
أنواع المخاطر

يمكن تقسيم المخاطر التى تحيط بمشروعات boot إلى نوعين، الأول المخاطر العامة ، والثانى المخاطر الخاصة بتنفيذ المشروع، ونعرض لنوعى المخاطر فى مطلبين مستقلين.

المطلب الأول
المخاطر العامة

تتعلق المخاطر العامة بالنمو الاقتصادى والبيئة السياسية والنظام الضريبي والنظام القانونى والنظام النقدى فى الدولة المضيفة التى لها تأثير على طلب المنتج أوالخدمة. وإذا كانت شركة المشروع تستطيع السيطرة على مستوى الخدمة فإنه ليس من اليسير عليها مواجهة المخاطر الأخرى.[1]

ويمكن تقسيم المخاطر العامة إلى ثلاث طوائف: المخاطر السياسية ، والمخاطر التعاقدية والقانونية ، والمخاطر الاقتصادية والمالية.

أولا : المخاطر السياسية :-

وهى المخاطر المرتبطة بالاستقرار السياسي داخليا وخارجيا فى الدولة المضيفة التى من شأنها التأثير على تنفيذ المشروع . ومنها المخاطر المرتبطة بالتأميم ونزع ملكية موجودات شركة المشروع وكذلك المخاطر المرتبطة بالاضطرابات والقلاقل والثورات والحروب التى يكون من شأنها صعوبة تسويق الخدمة أو إنتاجها مما يؤدى إلى صعوبات مالية تلحق بالأطراف المتعاقدة ، ومخاطر إلغاء الترخيص [2].

ثانيا : المخاطر التعاقدية والقانونية : -

يتعين أن يسمح النظام التعاقدى والقانونى الأخذ بنظام boot.

---

1 Unido BOT guide lines, Op.cit, p.154.

2 Zallam abdul Karim. Op.cit, p.89.

ويمكن إجمال المخاطر التى تواجه مؤسسى المشروع والمقرضين فيما قد يرد من تعديل تشريعى[1] بعد إبرام العقد وخلال فترة نفاذه وعلى سبيل المثال، التعديل التشريعي الذى يرد على نظام الملكية أو التشريعات الخاصة بالبيئة أو المخاطر الناشئة عن أحداث استثنائية معينة من شأنها الحيلولة بين أطراف التعاقد وتنفيذ التزاماتهم .

ثالثا : المخاطر الاقتصادية والمالية :

تتعلق هذه المخاطر بعدم استقرار سعر الفائدة ، وتقلبات أسعار صرف العملات والتضخم وتغير النظام الضريبي التى من شأنها التأثير على تكلفة تمويل المشروع[2]، إذ يترتب على التغييرات فى أسعار صرف العملات الأجنبية تغيير فى قيمة التدفقات النقدية من المشروع . فالغالب أن الأسعار وأجور الاستعمال المفروضة على المستفيدين أو العملاء المحليين يتم فيها الوفاء بالعملة المحلية، في حين تحتسب القروض وتكاليف المعدات والوقود – أحيانا– بالعملة الأجنبية، وهى مخاطر كبيرة لعدم استقرار أسعار صرف العملات خصوصا فى الدول النامية أو تلك التى يمر اقتصادها بمرحلة انتقالية . فضلا عما تواجهه شركة المشروع من احتمال أن تؤدى مراقبة أسعار صرف العملات الأجنبية إلى عجز شركة المشروع خدمة ديونها أو أداء استثماراتها . كما أن ثمة مخاطر– فى هذا الخصوص– تتعلق باحتمال ارتفاع معدلات سعر الفائدة، ويحمل هذا شركة المشروع مصاريف إضافية تتزايد فى مشاريع البنية التحتية لضمان المبالغ المستثمرة، وهو ما قد يلجا اليه بتحديد سعر فائدة ثابت أو إخضاعها لحد أعلى.[3]

فعدم الاستقرار الاقتصادى فى البلد المضيف يحمل البنوك المقرضة

---

[1] راجع الضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة القسم الأول الباب الثانى .

[2] Unido bot guide lines. Op.cit. p.156.

[3] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ،ص٥٠ .

على التحفظ فى تقديم القروض، وهوما ينعكس سلبا على صلاحية المشروع من الناحية المالية ، من وجه آخر ، فإن ضعف النمو الاقتصادى يؤدى إلى ضعف الطلب على الخدمة أو المنتج.[1]

المطلب الثاني

المخاطر المرتبطة بتنفيذ المشروع

تنقسم المخاطر المرتبطة ببناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية بحسب المراحل التى يمر بها المشروع إلى : مرحلة التنمية ، مرحلة تنفيذ المشروع وانشائه ، مرحلة تشغيل المشروع وصيانته.

١. المخاطر المرتبطه بمرحلة التنمية :-

وتتضمن المخاطر المرتبطة بعدم رسو العطاء على شركة المشروع، ومن ثم تكبد المسهمين خسائر التجهيز وإعداد مستندات العطاء . كما تشمل المخاطر الناشئة عن عدم الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة لإقامة المشروع.[2]

٢. المخاطر المرتبطة بالتشييد وتشغيل المنشأة:-

ينطوى كل مشروع على المخاطر الخاصة به بحسب طبيعته، فالمخاطر التى تحيط بمشروعات الكهرباء تختلف عن تلك التى تحيط بمشروعات إقامة الطرق.[3] ويمكن تقسيم هذه المخاطر إلى نوعين أساسيين : مخاطر مرتبطة بالتشييد، ومخاطر مرتبطة بالتشغيل.

أ- المخاطر المرتبطة بالتشييد:-

تتمثل مخاطر التشييد أساسا فى تصميم المنشأة وتزويدها بالتكنولوجيا اللازمة للتشييد[4] ، وتعذر استكمال المرفق أو تنفيذه فى الزمن المتفق عليه ، وتجاوز التكلفة التقديرات

---

1. Zallam abdul Karim, Op.cit, p.89.
2. Unido bot guide lines, Op.cit, p.156.
3. Zallam abdul Karim, Op.cit, p.90.
4. Zallam abdul Karim, Op.cit, p.91.

الأصلية، أو عدم استيفاء المرفق لمعايير الأداء عند إنجازه.[١]

مخاطر التصميم:-

تنشأ مخاطر التصميم من خطأ فى الرسم والوصف الذى يجب أن يتم العمل وفقا له ، والذى يجب أن يكون متضمنا للتفاصيل . ولا تكفى الخطوط العريضة - فى هذا الخصوص- مالم يتعهد المقاول بإعداد تصميم تفصيلي بنفسه . وإذا كان التصميم يقوم عليه - فى جزء منه - متخصصون، فإن ذلك يوجب أن يتم فى وقت مبكر لتأكيد سلامة التصميم فى هذه المرحلة حتى لا يؤدى إلى تعديلات - فيما بعد - من شأنها زيادة مخاطر التصميم.[٢] ومن المهم التحقق من أن التكنولوجيا المستخدمة في تنفيذ المشروع ثبتت كفاءتها لدى الاستعانة بها فى مشروعات نظيرة.[٣]

ب- مخاطر تجاوز تكلفة أعمال البناء التقديرات الأصلية:

قد ترد زيادة تكلفة أعمال البناء إلى أحد سببين:الأول، سوء تقدير شركة المشروع للتكلفة، سواء أكان بالنسبة للأعمال أم المعدات. الثانى، إجراء تغييرات فى مواصفات المشروع بالتعديل أو الإضافة أو الإلغاء يكون من شأنها امتداد وقت التشييد أو زيادة التكلفة بهدف تصحيح خطأ لحق بالتصميم أو رغبة فى تحسين أداء المنشأة.

ويجدر الذكر أن خبرة أعضاء الكونسورتيوم تجعل من الزيادة ما يقف عند الحدود المعقولة بما لا يجاوز ١٠% من قيمة الاستثمار.[٤]

---

[1] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ،ص٤٩.

[2] مصطفى الحبشى ، مرجع سابق ، ص٧٦ .

[3] Zallam abdul Karim. Op.cit. p.91.

[4] مصطفى الحبشى ، مرجع سابق ، ص١٤٢ ؛ وكذا

ومن الوسائل التى تلجا اليها شركة المشروع للتغلب على المخاطر الخاصة بزيادة التكلفة التعاقد مع المقاول بنظام تسليم المفتاح بنظام التقدير الإجمالى Lump sum ، حيث يتم الاتفاق على الثمن بمبلغ اجمالى يظل ثابتا دون نظر لتقلبات أسعار الخدمات أو الموارد، بحيث يتحمل المقاول أى زيادة فى الأسعار، كما يتحمل مخاطر هبوط القيمة الشرائية للنقود والعيوب الناتجة عن الخطأ أو عيوب التصميم.[1]

ج- مخاطر عدم استيفاء المرفق لمعايير الأداء عند انجازه:

تحرص مؤسسات التمويل على تضمين عقد المقاولة العديد من النصوص التى تهدف إلى الحد من مخاطر التنفيذ الملقاة على عاتق شركة المشروع، ومن بين تلك المخاطر عيوب التنفيذ، وهو ما يكفله الالتجاء إلى نظام عقد تسليم المفتاح المبرم بين شركة المشروع والمقاول، بمقتضاه لا تنقضى التزامات المقاول إلا بتمام عملية إقامة الأبنية وتوريد الآلات وتركيبها وتجهيز المرفق أو المصنع للتشغيل التجارى، ويظل المقاول مسئولا عن أى عيب أو خلل فى المرفق قبل تشغيله التجارى.[2]

ب- المخاطر المرتبطة بالتشغيل :

بإتمام أعمال التشييد يواجه المقرضون وشركة المشروع مخاطر أخرى مرتبطة بالتشغيل ، وتجمل هذه المخاطر فى :

Zallam abdul Karim, Op.cit, p.91.

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٧٠.

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٧٤.

المخاطر الناشئة عن عدم كفاءة الأداء ، وقلة العائد ، ومخاطر توريد المواد الخام وارتفاع تكلفة التشغيل.[1]...الخ

مخاطر عدم كفاءة الأداء :-

تتطلب السلطة المتعاقدة ومشترو الخدمة فى مشروعات BOOT الوفاء بعدة اشتراطات فى الخدمة المقدمة: ففي مجال مشروعات مرفق المياه، يتعين أن تكون المياه على درجة معينة من الجودة أو أن تكون الكهرباء منتجة بواسطة محطة كهرباء.ويلاحظ أن مخاطر عدم كفاءة الأداء تتشابه مع تلك المرتبطة بأعمال التشييد: فقد تكون تلك المخاطر ناشئة عن إنتاج أو تسليم خدمة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها وخاصة فى المشروعات التى تتطلب تقنيات فنية عالية.[2]

مخاطر قلة العائد:-

تواجه المشروعات مخاطر تجارية ناشئة عن احتمالات عجز المشروع عن تحقيق العائد المأمول ، إما بسبب تقلبات أسعار السوق أو قلة الطلب على المنتج، وهو ما يؤدى إلى إضعاف قدرة شركة المشروع على الوفاء بحقوق المقرضين واحتمال تعرض استمرار المشروع للخطر.[3]

ويلاحظ أن مخاطر قلة العائد تختلف بحسب قطاع المشروع ونوعه: ففى الحالة التى تحتكر فيها شركة المشروع المنتج أو الخدمة، تكون مخاطر قلة العائد فى حدها الأدنى ، حيث يزداد الطلب على المنتج لعدم وجود بديل، في حين يزداد حجم

---

[1] Unido bot guide lines, Op.cit, p.157.

[2] Zallam abdul Karim. Op.cit, p.94.

[3] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص٥٠.

المخاطر فى المشاريع التى تعتمد فى عوائدها على السوق، وهو ما يصعب معه الوقوف على توقعات صادقة لحجم الطلب على الخدمة، ويظهر هذا النظر جليا بالنسبة لمشاريع الطرق الخاضعة لرسم المرور، حيث تواجه هذه المشاريع منافسة من مشاريع الطرق المعفاة من الرسوم.[1]

وفى سبيل مواجهة مخاطر قلة العائد قد تقدم السلطة المتعاقدة دعما لشركة المشروع للتخفيف من الأضرار التى تلحق بالأخيرة فى الحالة التى يقل فيها الطلب والعائد على الخدمة، فعلى سبيل المثال، أعطت الحكومة المكسيكية فى مشروع الطريق السريع la venta- colegio Military لشركة المشروع الحق فى تمديد العقد عند ضعف الطلب عليها عما كان مقدرا،فإذا زادت نسبة المرور على الطريق، بقيت مدة الامتياز كما هي متفق عليه فى العقد.[2] كما يتعين تقدير كفاءة المشروع ماليا للوقوف على حجم الطلب الحقيقى للخدمة أو المنتج ، فإذا كان الطلب على المنتج أو الخدمة أقل مما كان مقدرا، قلت جدوى المشروع المالية.[3]

مخاطر تجاوز تكلفة التشغيل:

وتنشأ تلك المخاطر إما لسوء تقدير التكلفة المرجوة أو لسوء إدارة المشروع، وفى جميع الأحوال ، فان هذه المخاطر تعرض التوازن المالى للمشروع للخطر.

المخاطر المتعلقة بترابط البنية التحتية:-

وتتمثل هذه المخاطر فى فض التشابك بين المشروعات المختلفة: فعلى سبيل المثال، لا تتحمل شركة المشروع المخاطر المرتبطة ببناء

---

[1] دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص٥٠

[2] Unido bot guide lines, Op.cit,p.162.

راجع أيضا الضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة للحد من المخاطر المالية الباب الثانى القسم الأول

[3] Zallam abdul Karim. Op.cit p.93.

الطرق التي يحتاجها الوصول الآمن للمشروع إذا كان المشروع متعلقا بتوزيع الطاقة الكهربائية.[1]

المبحث الثانى

توزيع المخاطر

يقصد بتوزيع المخاطر تعيين الطرف أو الأطراف الذين يتحملون تبعات الأحداث التى تعد من مخاطر المشروع.[2] والأصل أن الطرف الذى يتحمل عبء تنفيذ الالتزام هو الذى يتحمل عبء المخاطر التى حالت دون تنفيذه بمقتضى الاتفاق، ورغم هذا الاعتبار القانونى فانه قد يكون من الملائم اقتصاديا نقل عبء أحد المخاطر إلى طرف آخر غير الطرف الذى يتحملها وفقا للقواعد القانونية[3]، فعلى سبيل المثال قد تعمد شركة المشروع إلى ربط الضمانات المقدمة من مورد المعدات بتأمين تجارى يغطى بعض التبعات المترتبه على انقطاع سير العمل نتيجة لخلل المعدات،[4] ومن ذلك أيضا تحمل المورد الخسائر الناجمة عن ارتفاع الأسعار فى السوق، أو فى سعر العملة الأجنبية طبقا للقواعد العامة طالما لا تشكل هذه التغيرات قوة قاهرة أو ظرفا طارئا .

ومع ذلك يجرى الاتفاق على نقل عبء هذه المخاطر إلى أطراف أخرى فى حالات معينة، ولو لم يكن ذلك راجعا إلى قوة قاهرة أو ظرف طارىء[5]، كما يتعين أن يؤخذ فى الحسبان أمران: أولهما ، أنه لما كانت

---

1 Zallam abdul Karim, Op.cit, p.92 et s.

2 دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص٤٧.

3 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٦٧.

4 دليل اليونيسترال التشريعي ، مرجع سابق ، ص٤٧

5 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٦٧.

الحلول اللازمة لتخفيف المخاطر المحيطة بتنفيذ مشروعات BOOT لا تعول على الضمانات غير المشروطة أساسا كان من اللازم أن يستوفى الضمان المالى الشروط الآتية :

١. تعيين جميع المخاطر الجوهرية للمشروع وتوزيعها وتخفيفها.
٢. أن تتعدد مصادر التمويل اللازمة لمواجهة المخاطر المرتبطة بالمشروع.

أما الأمر الآخر ، فإنه يتمثل فى تخفيف المخاطر المرتبطة بتنفيذ مشروعاتboot فى ضوء كل حالة على حدة. وبصفة عامة ، فان شركة المشروع تتحمل المخاطر المرتبطة بتشييد المنشأة وتنفيذها وتشغيلها، في حين تتردد فى تحمل المخاطر غير المشمولة بالضمان والخارجة عن سيطرتها كالمخاطر السياسية والمخاطر التجارية ومخاطر القوة القاهرة.[1]

ويكون الاتفاق هو الأصل فى توزيع المخاطر وتحديد الطرف الذى يقع عليه عبء تحملها، والوضع الأمثل أن يتحمل المخاطر الطرف الأكثر قدرة على السيطرة عليها بأقل تكلفة، وأن يكون أكثرهم استفادة من السيطرة على المخاطر المعنية.[2]

وعلى ضوء العرض السابق نعرض فى هذا المبحث لكيفية توزيع المخاطر العامة، والمخاطر الناشئة عن تنفيذ المشروع، كل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول
المخاطر العامة

سبق وان ذكرنا أن المخاطر العامة تتمثل فى المخاطر السياسية

---

1 Unido bot guide lines, Op.cit, p.160.

2 هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٦٧.

والمخاطر التعاقدية والقانونية[1] والمخاطر الاقتصادية والماليـــة، ونعــرض لتوزيع المخاطر السياسية والمخاطر الاقتصادية والمالية، كــل فـــى فــرع مستقل.

الفرع الأول
المخاطر السياسية

تسهم مؤسسات التمويل متعددة الأطراف فى التأمين من المخـــاطر السياسية. وتلعب وكالة ضمان الاستثمار متعددة الأطراف MIGA التابعة للبنك الدولى ومنظمة فيما وراء البحار للاستثمار الخاص OPIC والشركة الفرنسية للتأمين على التجارة الخارجية COFACE دورا جوهريا فى هذا الخصوص.[٢]

أما وكالة ضمان الاستثمار، فينحصر دورها فى تحقيــق التـدفقات النقدية والتكنولوجية للدول النامية بشروط تتناسب مع احتياجاتها وسياستها وأهدافها، ولتحقيق هذه الأهداف فإن الضمان يغطى أربــع طوائــف مــن المخاطر[٣]:-

١) المخاطر المرتبطة بتحويل العملات، ويشمل الضمان الحالة التى لا يستطيع فيها المستثمرون أو المقرضون تحويل العملات الأجنبيــة إلى عملات وطنية أو نقلها.

٢) المخاطر المتعلقة بنزع الملكية، ويواجه الضمان القرارات السيادية المباشرة أو غير المباشرة التى تحد من حقوق الملكيـــة المقـــررة للاستثمار.

٣) المخاطر المرتبطة بالحروب، وتشمل الأضرار والعيوب التى تلحق

---

[1] عرضنا لمواجهة هذه المخاطر فى الضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة والمتمثلة فى الثبات التشريعي بالباب الثانى من القسم الأول.

[2] E. Comeaux Paul and N.Stephan Kinsella, Op.cit, p.24.

[3] E. Comeaux Paul, Op.cit p.31et s.

بأصل المشروع، وخاصة تلك الأعمال الناشئة عن أعمال التمرد والإرهاب بسبب بواعث سياسية.

٤) المخاطر المرتبطة بفسخ العقد، حيث يشمل الضمان تنفيذ حكم التحكيم أو الحكم القضائي الصادر بجبر الضرر الناشيء عن فسخ العقد.

وتعد شركة COFACE من قبيل المخاطر السياسية أربع حالات[1]:-

١. المخاطر الناشئة عن الحروب والثورات والفتن والقرارات الحكومية التى تنطوى على صعوبات تواجه تنفيذ الالتزامات.
٢. الكوارث الطبيعية، كالأعاصير والبراكين والفيضانات والزلازل والمد العالى.
٣. المخاطر الناشئة عن عدم وفاء المدين بما عليه من التزام، بسبب قرار من السلطات الأجنبية بحظر نقل الأموال خارج الدولة.
٤. المخاطر الناشئة عن عدم وفاء السلطة العامة بديون فى ذمتها.

أما الضمان المقدم من منظمةOPIC فيشمل المخاطر المرتبطة بتحويل العملة ، ومخاطر نزع الملكية ، والمخاطر السياسية ، والمخاطر المرتبطة بالتنقيب وانتاج البترول والغاز.[2]

كما تتحمل السلطة المتعاقدة المخاطر السياسية المرتبطة بالتأخير فى التنفيذ أو زيادة التكاليف عما كان مقدرا، بسبب تصرفات السلطة العامة أو سلطات عمومية أخرى فى منح الموافقات والتراخيص والتصاريح، وتلتزم بدفع تعويض عما لحق شركة المشروع من خسارة، كما قد تلتزم بتمديد اتفاق الترخيص بما يتناسب مع مدة التأخير.[3]

---

[1] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.99.

[2] E. Comeaux Paul, Op.cit, p.26.

[3] Unido BOT Guide lines, Op.cit, p.162.

الفرع الثاني
المخاطر الاقتصادية والمالية

تتحمل شركة المشروع والبنوك المقرضة المخاطر المرتبطة بتغيير أسعار صرف العائد الناتج عن تشغيل المشروع، وكـذلك مخـاطر عـدم استقرار سعر الفائدة والتضخم التي تؤثر على تكلفة تمويل المشروع، وهو ما يترتب عليه نقص الربح، وعدم تحقيق الجدارة الائتمانية للمشروع.[1]

ولعلاج المشكلات المرتبطة بمخاطر تقلبات سعر الصرف والفائدة أفرزت التعاملات المالية عددا من الآليات التى تسمح للممولين مواجهة تلك المخاطر، ومنها عقود مبادلة الأصول المالية Swaps .[2]

ويمكن تعريف عقد مبادلة الأصول المالية بأنه اتفاق بين طـرفين يتنازل بمقتضاه كل منهما للآخر عن مركز قانونى قائم وقت الاتفاق لمـدة محددة يعود بانتهائها الحال إلى ما كان عليه قبل الاتفاق.[3]

وتستخدم عمليات المبادلة فى تغطية مخاطر تقلبات أسعار صـرف العملات الأجنبية وأسعار الفائدة، وتتميز عن غيرها مـن الأدوات الماليـة الأخرى بأنها تحقق الغرض المطلوب دون تكلفة مالية عالية، إذا مـا تـم استخدام قدر من التنبؤ بتقلبات الأسعار، فالمقترض الذى يخشى ارتفاع سعر الدولار يمكنه عن طريق عقد المبادلة ضمان سداد القرض بالعملة الوطنية" جنيه مصري". كما تتضاعف أهميته فى تغطية مخاطر الاقتراض طويلـة المدة بمبادلة التزاماته ذات معدل الفائدة الثابت بأخرى ذات معـدل فائـدة متغير، سواء أكان بالعملة نفسها أم عملة مختلفة، لتجنب تقلبـات أسـعار الفائدة.[4]

---

[1] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.90

[2] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.104.

[3] أمال كامل عبدالله ، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية Swaps، مؤسسة حـورس الدولية ، ص١٣

[4] أمال كامل عبدالله ، مرجع سابق ، ص١٥؛ وفى المعنـى نفـسه ، UNIDO bot guide

المطلب الثاني
المخاطر الناشئة عن تنفيذ المشروع

تعد كفاءة شركة المشروع عاملا مهما بالنسبة لكل مـن الـسلطة المتعاقدة والمقرضين عند تقدير المخاطر المحيطة بتنفيذ المشروع ، فخبرة وقدرة وملاءة شركة المشروع والمنفذين عوامل مهمة لنجاح المشروع، أما افتقار شركة المشروع لهذه العناصر فانه يؤدى إلـى صـعوبة مواجهـة المخاطر الناشئة عن تنفيذ المشروع.[1]

ونعرض لتوزيع المخاطر الناشئة عـن أعمـال تـشييد المنـشأة وتشغيلها، كل فى فرع مستقل.

الفرع الأول
توزيع المخاطر الناشئة عن التشييد

مخاطر التأخير في التنفيذ وإتمام الأعمال

يتحمل المقاول – طبقا للقواعد العامة- الأضـرار الناشـئة عـن التأخير في تنفيذ الأعمال إذا كان راجعا إلى خطئه، حيث يلتزم بالتعويضات المتفق عليها. فإذا كان التأخير راجعا إلى شركة المشروع، فإنهـا وحـدها تتحمل المخاطر الناشئة عن خطئها مالم يكن الإخلال راجعـا إلـى سـبب أجنبي تتقضي معه مسئوليتها طبقا للقواعد العامة. تلك الآثار لا يمكن قبولها ببساطة في نطاق عقد boot لما تنطوي عليه من آثار سلبية،[2] إذ أن التأخير في التنفيذ يؤدي إلى زيادة الفوائد المتولدة عن الدين المستخدم في تمويـل

---

lines,Op.cit,p.165

1 Unido bot guide lines, Op.cit,p.163.

2 مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، جامعة القاهرة، طبعة ٢٠٠٢، صــ ٢٥٣، وكذا هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمـشروعات البنيـة الأساسـية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، صــ ١٧١.

المشروع ، كما أن هذا التأخير يؤدي إلى ضعف العائد المتحقق والمقدر في دراسة جدوى المشروع، نتيجة عدم دخول المنشأة في مرحلة التشغيل التجاري في موعده المحدد ، وأخيرا، فإن التأخير قد يؤدي إلى عدم تنفيذ شركة المشروع لإلتزاماتها الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأطراف الأخرى المتعاقدة.[١]

وقد أفرز العمل على المستوى الدولي قواعد تنظم العلاقة بين شركة المشروع والسلطة المتعاقدة في حال وقوع القوة القاهرة، وذلك بالتوسع في مفهوم القوة القاهرة ، وإعادة التفاوض لتوزيع المسئولية الناشئة عن اختلال التوازن العقدي، بسبب وقوعها،[٢] وهو ما نعرض له، كل في غصن مستقل.

الغصن الأول

التوسع في مفهوم القوة القاهرة

تنص المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى على أنه " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض الضرر، مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

وقد قضت محكمة النقض المصرية أن المقصود بالقوة القاهرة بالمعنى الوارد فى المادة ١٦٥ من القانون المدنى "أن تكون حربا أو زلزالا ، كما قد تكون أمرا اداريا واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة

---

[1] Vandomme Laurent. Revue de Droit des affaires Internationales (RDAI), 99. n 8 "to time, to budget,to specification: Decembre – operationnels dans les L'allocation Des Risques pre cadre des financement de Projets BOT.p.880

[2] شريف محمد غنام، أثر تغير الظرف في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠٠٠، صـ ٥٥٨.

التوقع واستحالة الدفع، وينقضى بها التزام المدين فى المسئولية العقدية، وتنتفى بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية".[١]

أما محكمة النقض الفرنسية، فقد عدت القوة القاهرة تلك الحوادث الخارجة عن ارادة المتعاقدين والتي تكون غير متوقعة ومستحيلة الدفع، وبناء عليه إذا كان تنفيذ العقد غير مستحيل، ورغم ازدياد الصعوبات فإن المتعاقد يظل ملتزما بتنفيذ العقد ، إلا أن هذا المفهوم قد تطور فأصبحت الظروف الطارئة من قبيل القوة القاهرة.[٢]

هذا المفهوم الضيق للقوة القاهرة غير مأخوذ به في ظل عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين"الفيديك، ولجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية "اليونسيترال"، حيث تشير عقود الفيديك إلى أن القوة القاهرة وان كانت تشمل الحدث أو الأحداث التى تؤدى إلى استحالة تنفيذ العقد، فإنها تلحق بها حالة عدم تنفيذ العقد الراجع لأسباب خارجة عن سيطرة الطرفين.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه استبعد شرط عدم توقع الحدث وعدم إمكان تجنبه بوصفه إحدى الخصائص الرئيسية للقوة القاهرة طبقا للقواعد العامة.[٣]

وقد ثار خلاف حول معيار عدم التوقع ، حيث يأخذ الاستاذ السنهورى بالمعيار الموضوعي، في حين يأخذ الاستاذ الأهوانى بمعيار الشخص المعتاد.

فالرأى الأول يأخذ بمعيار موضوعى لا ذاتى، فيوجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من أشد الناس يقظة وتبصرا بالأمور.[٤]

---

[1] نقض مدنى ، السنة ٤١ قضائية ، جلسة ٢٩ /١ / ١٩٧٦ ، السنة ٢٧ ، ص٣٤٣، الطعن رقم ٤٢٣ .

[2] مصطفى حبشي، مرجع سابق، صـ ٢٦٧.

[3] شريف غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، صـ ٢٠٧.

[4] عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الالتزام ،مرجع سابق ، ص٩٩٦ .

أما الرأى الثانى فيأخذ بمعيار الشخص المعتـاد دون نظـر إلـى شخص المدين فى الالتزام والعبرة فى الوقوف على كون الشخص العادى الذى أحاطت به الظروف نفسها يستطيع توقع الحدث أو لا، مؤكدا أنـه لا يختلف تقدير القوة القاهرة عن تقدير الخطأ.[١]

أما لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية فقد عرفت القوة القاهرة بأنها أي حدث استثنائي يحول دون تنفيذ العقد، وانتهت إلى أنه إذا كان سبب عدم تنفيذ العقد راجعا إلى ظروف مادية أو قانونية حالت دون تنفيذه، فإن زوال هذا السبب يعيد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل حـدوث الحـدث، بحيث يستأنف العقد سيره مرة أخرى.[٢]

وهكذا فإنه يعد من قبيل القوة القاهرة أن يكون الموقع المقام عليـه المنشأة يدخل في عداد المناطق الأثرية، أو أن يكون التأخير فـي التنفيـذ راجعا لرفض بعض السلطات العمومية الأخـري استـصدار التـراخيص والموافقات اللازمة لتشييد المنشأة، أو عدم تمكين شـركة المـشروع مـن السيطرة على الموقع، بسبب تخلف السلطة المتعاقدة عن تقرير حق ارتفاق على الأراضي المحيطة بالموقع،[٣]كما يعد من قبيل القوة القاهرة الكـوارث الطبيعية والحروب وقيام العمال بالاضراب وعدم توريد المـواد اللازمـة للانشاء.[٤]

وفي مصر، تبنت العقود المتعلقة بمشروعات البنية التحتية المفهوم الموسع الذي تقرره عقود الفيديك فيما يتعلق بالقوة القاهرة في معناها، حيث جاء بأحد العقود أن "القوة القاهرة هي أي حدث أو ظـرف أو أحـداث أو ظروف مجتمعة، وتكون خارجة عن سيطرة الملتزم أو مقاولي البـاطن أو

---

[1] حسام الدين الأهوانى ،مصادر الإلتزام ، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ، دون اسم ناشر ، ص٥٧٦ .

[2] Philip lane bruner, force majeure under international law and international construction contracts, ICLR, 1995, p.281 et s.

[3] Laurent Vandomme, Op.cit, p.881 et s.

[4] Philip lane bruner, Op.cit, p.282.

الموردين التابعين له، قد تتسبب في أو تؤدي إلى تأخير في وفاء الملتـزم لأي من الالتزامات التي ينص عليها هذا العقد..." وهكذا فإن المعيار المميز للقوة القاهرة هو "الأحداث الخارجة عن سيطرة الأطراف".[١]

يتضح مما سبق اختلاف مفهوم القوة القاهرة عند الاتجاه الحـديث والاتجاه التقليدي، وإن كان الرأي الذي تبناه الدكتور حسام الأهواني يعتنق الاتجاه الحديث. ونرى أنه مما يخفف من أثر الخلاف بـين الاتجـاهين أن نص المادة ١٦٥ مدني مصري نص غير آمر، فيجوز للأطراف المتعاقـدة وقت إبرام اتفاق المشروع الاتفاق على خلافه أو على تعديله، بمـا يقـيم التوازن بين طرفي الاتفاق.

الغصن الثاني
إعادة التفاوض والتوازن الاقتصادي للعقد

إذا تضمن العقد شرطا يتيح للأطراف إعادة التفاوض فـي حـال وقوع القوة القاهرة، نشأ على عاتق أطراف التعاقد التزام بالتفاوض، ويخلق هذا الشرط نوعين من الالتزامات المتقابلة: الأول، إخطار السلطة المتعاقدة بوقوع القوة القاهرة، والثاني: التزام السلطة المتعاقدة بتخفيف الضرر.[٢]

أولا: إخطار السلطة المتعاقدة:-

تلتزم شركة المشروع بإخطار الـسلطة المتعاقـدة بوقـوع القـوة القاهرة. و تلعب الشروط التعاقدية لاتفاق المشروع دورا كبيرا ومؤثرا في خلق الالتزام بالإخطار، حيث تتضمن هذه الشروط المدة التي يتعين تقـديم الإخطار فيها، والوقائع التي تستند إليها شركة المشروع لتبريـر الطلـب،

---

١ الوقائع المصرية- العدد ٢٦٤ تابع(ب)، ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨.
2 مصطفي الحبشي ،مرجع سابق ،ص٢٨٠ وما بعدها.

والطرق أو الأساليب التي يمكن اتباعها لاستمرار تنفيذ العقد، والمدة اللازمة للتخفيف من الآثار الضارة التي ولدتها القوة القاهرة،[1] ففي عقد مطار رأس سدر اتفق الطرفان على أنه " على الملتزم أن يخطر المالك خلال ١٤ يوما من تاريخ وقوع الحدث المتسبب في التأخير بعزمه على التقدم بطلب تمديد مدة التنفيذ، وكذلك عليه أن يحتفظ بكل السجلات اللازمة لتبرير أي طلب يقدمه في هذا الصدد، وأن يحتفظ بأي سجلات أخرى قد يطلبها المالك" [2].

وقد جاء أيضا " على الملتزم أن يخطر المالك فور بدء حدوث القوة القاهرة أو توقعها، بكافة التفاصيل المتاحة عن الحادث وآثاره ".[3]

فهذا الإخطار يسمح لشركة المشروع بإحاطة السلطة المتعاقدة بكل الظروف المحيطة بالعقد، حتى تستطيع أن تتخذ كل الإجراءات التي تساعد شركة المشروع على تنفيذ التزاماتها.

ومن وجه آخر،فإن الالتزام بالإخطار يجعل الأطراف على بينة بمصير الاتفاق المبرم ومدى القدرة على التنفيذ والظروف المحيطة بهذا التنفيذ، وهو ما يؤدي في النهاية لاستقرار العقد.[4]

ويثور التساؤل عن الجزاء المترتب على عدم الإخطار، وتجيب النصوص التعاقدية بان عدم الإخطار يحرك مسئولية شركة المشروع التعاقدية، ويعرضها للجزاء. وقد يكون هذا الجزاء مرنا، بألا تفقد شركة المشروع حقها في الاستفادة من وقوع الحدث، مع المحافظة علي حق جهة

---

[1] Kahn Philipe, force majeure et contrats internationaux de longue durée. JDI, 1975. p.478.

[2] الوقائع المصرية – العدد ٢٦٤ تابع (ب) ، ١٩ نوفمبر ١٩٩٨، صـ ١٨؛ وانظر في ذات المعنى، هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ٤٢١، وكذا صـ ٥٩٠، وكذا صـ ٥٢٠.

[3] هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ٤٢٢ وما بعدها.

[4] شريف محمد غنام، مرجع سابق، صـ ٤٦٠.

الإدارة في التعويض عن الأضرار التي يسببها غياب الإخطار، وقد يكون الجزاء متشددا، فلا يعطي لشركة المشروع المكنات السالفة.[1] ففي الحالة الأولى، تلتزم بتعويض السلطة المتعاقدة عن الأضرار التي أصابتها من جراء عدم تنفيذ التزامها في الفترة السابقة علي الإخطار، تتحمل شركة المشروع تعويض الغير عن الأضرار التي يعود سببها إلى عدم الإخطار، ومن الشروط التعاقدية التي اتفق فيها الأطراف علي توقيع هذا الجزاء ذلك الذي ينص علي أنه " في حالة تخلف الإخطار يلتزم المدين بالتعويض عن كل الخسائر التي تنتج عن ذلك..."

ويحفز هذا النوع من الجزاءات شركة المشروع علي الإسراع بإخطار السلطة المتعاقدة بوقوع الحدث.[2]

أما في الفرض الثاني، فقد تعرض الجزاء المشدد للنقد؛ لكونه مغاليا فيه، ولا يتناسب مع الخطأ الذي ارتكبته شركة المشروع بالنكول عن الإخطار، وهو من جانب آخر جزاء غير عملي؛ لسببين: أولهما أنه سيؤدي لتحميل شركة المشروع بالالتزام الذي صار مستحيلا أو مرهقا، أما السبب الثاني فيكمن في أن بعض الأحداث قد لا تنتج أثرها مباشرة ، ولا تعرف نتائجها إلا بعد مرور فترة من الزمن، ومن ثم لا يجوز أن تجازي شركة المشروع بعدم الاستفادة من الأحداث، ويتعين إبراؤها من الالتزام أو تعديل أحكام العقد، إذ إن الجزاء العملي يجب أن يرتبط بالموعد الذي يجوز فيه للمدين التمسك بالحدث، وهو العلم بالضرر.[3]

ثانيا: الالتزام بتخفيف الضرر:-

لا يترتب على وقوع القوة القاهرة فسخ العقد بالضرورة، بل إن

---

١ شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٠٠٠، صـ ٥٠٣ وما بعدها.

٢ شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق حامعة المنصورة، ٢٠٠٠ ،صـ ٥٠٤.

3 شريف محمد غنام، مرجع سابق. صـ ٥٠٨ وما بعدها.

للسلطة المتعاقدة الملاءمة بين أحد خيارين: إما فسخ العقد وتعويض شركة المشروع عما لحقها من ضرر من جراء وقوع القوة القاهرة، وإما تمديد الاتفاق، وهو ما يستفاد من نصوص الاتفاقات المختلفة، فقد نص فى المادة الحادية عشرة من عقد مطار رأس سدر على أن " للمالك أن يختار انهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة، وعليه أن يعوض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء، وكذلك جميع المطالبات التي قد توجه للملتزم من أي أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الإنهاء، وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير" .[1]

والالتزام بتخفيف الضرر هو التزام عام يفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد،[2] ويتمثل واجب الدائن فى ضرورة سلوكه تجاه المدين سلوكا متبصرا، بحيث يتفادى الأخطاء المؤثرة فى تنفيذ المدين لالتزامه، وألا يقف عقبة تسبب استحالة تنفيذ المدين للالتزام ، فإذا أدى فعل الدائن أو خطؤه إلى استحالة التنفيذ، عد ذلك سببا أجنبيا معفيا من تبعة عدم التنفيذ، ويقابل واجب الدائن واجب آخر على المدين بألا يتسبب أو يدفع الدائن إلى ارتكاب الخطأ ، فإذا خالف ذلك، فإن خطأ الدائن لا يعد سببا أجنبيا عن المدين، ذلك أن له يدا فى حدوثه[3].

ولكن، ما هي الإجراءات المتبعة لتخفيف الضرر؟

تتنوع الإجراءات المتبعة التي يمكن أن تتخذها الإدارة؛ لتخفيف ما يلحق شركة المشروع من ضرر، بحسب طبيعة العقد المبرم بين الطرفين وما تفرضه من التزامات عليهما، ومع ذلك فإن هناك اجراءات تشترك فيها العقود المبرمة بنظام Boot للتخفيف من الضرر: من هذه الاجراءات تقديم اقتراحات تسهل تنفيذ العقد، ومحاولة تكملة الانشاءات، والبحث عن مصدر

---

[1] الوقائع المصرية، العدد ٢٦٤ تابع (ب) ، نوفمبر ١٩٩٨، صـ ٢١.

[2] شريف غنام، مرجع سابق، صـ ٥١٥.

[3] عبد الجبار ناجى الملا صالح ، مبدا حسن النية فى تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ١٩٧٤ ، ص١٧٢ وما بعدها.

تمويل جديد في حال عدم كفاية التمويل،[1] ومن صور التخفيف من الضرر التي نص عليها في الاتفاقات التعاقدية ما جاء في المادة العاشرة، البند (د) من اتفاق مطار رأس سدر بتعويض شركة المشروع عن الأضرار" إذا لحق بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة القاهرة سواء في مرحلة الإنشاء أو مرحلة التشغيل على المالك أن يشارك في دفع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال، بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر".[2]

وقد يتفق الطرفان على تمديد العقد بما يعادل مدة التأخير الراجعة لوقوع القوة القاهرة .[3]وقد يكون التمديد للتعويض عن تعليق المشروع من جانب السلطة المتعاقدة أو من جانب سلطات عمومية أخرى.[4]

فقد نص في المادة التاسعة ، البند (هـ) من اتفاق مشروع مطار رأس سدر على أن " يحق للملتزم تمديد مدة تنفيذ أعمال البناء بما يعادل مدة التأخير التي قد تتسبب الجهات والسلطات الحكومية فيها..."[5]. م (٩) بند (هـ)

الجزاء المترتب علي الإخلال بتنفيذ الالتزام:-

في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزام بتخفيف الضرر، فإن التعويض يكون بمثابة الجزاء المترتب علي هذا الإخلال، فقد نص في المادة العاشرة ،بند (ج) من اتفاق منح ترخيص مطار رأس سدر على أنه " على الطرف الذي يتكبد خسارة نتيجة لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أن يتخذ كل التدابير اللازمة لتخفيف تلك الخسائر .. فإذا لم يتخذ هذه التدابير، سقط

---

[1] شريف غنام، مرجع سابق، صـ ٥٤١ وما بعدها.

[2] الوقائع المصرية، العدد ٢٦٤ تابع (ب)، ١٩ نوفمبر ١٩٩٨، صـ ٢٠.

[3] Khan Philipe . Op.cit,p.481

[4] دليل اليونسيترال التشريعي، مرجع سابق، صـ ١٧٩.

[5] الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ تابع (ب)، صـ ١٩.

الالتزام بدفع تعويض عن أي خسائر كان يمكن تجنبها بالتدابير المذكورة، وإذا اتخذ هذه التدابير، حق له أن يحصل علي تعويض كامل عن جميع خسائره، بما في ذلك التكاليف المعقولة التي يكون قد تكبدها لدي اتخاذ تلك التدابير، حتى ولو لم تنجح هذه التدابير في تخفيف الخسارة".[1] والمستفاد من النص السابق أن عدم اتخاذ أى من الطرفين للتدابير اللازمة لتخفيف الخسائر يترتب عليه سقوط الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

وعلى ذلك فإن السلطة المتعاقدة لا تكون ملزمة بالتعويض إلا شق الضرر الذي لم تتمكن شركة المشروع من تخفيفه، رغم اتخاذها التدابير وبذل الجهد الكافي لهذا التخفيف .[2]

المطلب الثاني

مخاطر التشغيل والصيانة

ينص اتفاق التشغيل والصيانة على توزيع المخاطر المرتبطة بتجاوز تكاليف التشغيل، حيث يلتزم المشغل بتقديم تعويض اتفاقى وضمانات حسن الإنجاز والتأمين من المخاطر[3] فى حال إخلال المشغل بالتزامه. وعادة ما ينص الاتفاق على تعيين حد أقصى لمسئولية المشغل. ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة بالإعفاء أو الحد من المسئولية عملا بأحكام المادة ٢١٧ من القانون المصرى التى تقضى ببطلان وعدم نفاذ الإعفاء أو تعيين حد أقصى للمسئولية إذا كان راجعا إلى غش أو خطأ جسيم ، على أنه يجوز إعفاء المشغل من الخطأ الجسيم والغش إذا كان

---

[1] الوقائع المصرية، العدد ٢٦٤ تابع (ب) ، نوفمبر ١٩٩٨، صـ ٢٠.

[2] شريف غنام، مرجع سابق، صـ ٥٥٣.

[3] Buljevich Esteben , project financing and the international financial markets, p.152.

فاعله هو أحد تابعيه.[1] وتتحمل شركة المشروع تبعة المخـــاطر المرتبطـــة بتشغيل المرفق وصيانته، وتلتزم فى هذا الخصوص بما نص عليه فى اتفاق المشروع[2]، في حين تتحمل السلطة المتعاقدة المخاطر الناشئة عـــن القـــوة القاهرة بالنص على حق شركة المشروع فى إنهاء الاتفاق إذا استمرت حالة القوة القاهرة لفترة طويلة.

وفى هذه الحالة تلتزم السلطة المتعاقدة بتقـــديم تعـــويض لـــشركة المشروع، أما إذا استمرت القوة القاهرة لفترة محدودة، التزمت جهة الإدارة بتعويض شركة المشروع خلال هذه الفترة عن الفوائد المتراكمة بمقتـــضى اتفاقات التمويل والأضرار الناتجة عن التأخير، وعادة ما تـــضع الـــسلطة المتعاقدة حدا أقصى للمبلغ الذى تلتزم بسداده.[3]

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية ، الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٧٤ .

[2] Zallam abdul Karim, Op.cit, p.103.

[3] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية التحتية ، الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص١٧٤.

الفصل الثانى

ضمانات المخاطر

مقدمة:-

تعتمد مؤسسات التمويل على التدفقات النقدية المأمولة لناتج تشغيل المرفق أو المشروع بعد تشغيله لدى تمويلها للمشروعات الاقتصادية أو المرافق الصناعية، من ثم ، فإن جدوى المشروع من الناحية المالية لا يتم تقييمها على أساس الأصول المادية للمشروع ولا على أساس الجدارة الائتمانية للمسهمين بل يتم ذلك على التدفقات النقدية وعوائد التشغيل، فإذا أسفرت دراسة الجدوى الإقتصادية عن ضعف التدفقات النقدية، فإن مؤسسات الإقراض سوف تتردد كثيرا فى تمويل المشروع، كما تتردد إذا تبين لها صعوبة الحصول على الرهون اللازمة على أصول المشروع أو صعوبة الحصول على المستحقات المالية لشركة المشروع، سواء أكانت تلك الصعوبة تعود إلى عقبات قانونية أم سياسية.[١]

ومن الناحية الاقتصادية فان التأمينات العينية والشخصية تشكل ضمانا لمؤسسات التمويل والإقراض؛ للسيطرة على أصول الشركة وتشغيلها بالكفاءة الكفيلة بتحقيق الأهداف، ويكون لها حال تعثر المشروع - لسبب أو أخر - الحق فى وضع يدها على هذه الأصول وتشغيل المشروع على أساس أن القيمة الحقيقية تكمن فى ضرورة استمراره - وهو ما يتحقق عن طريق حوالات الحقوق ورهن الحسابات النقدية[٢]. فإذا تعقدت الأمور واستحال تشغيل المشروع، فإن المقرضين ومؤسسات التمويل يكون لهم - بموجب هذه الضمانات - الحصول على حقوقهم فى ظل مرتبة

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص١٤٩ .

[2] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص١٥٢ .

متميزة عند تصفية المشروع، وذلك من خلال الرهون التجارية والعقارية.[1]

وعلى ضوء العرض السابق نعرض فى هذا الفصل للضمانات التي ترتكز على أصول المشروع، والضمانات التي ترتكز على عوائده، كل فى مبحث مستقل.

المبحث الأول
ضمانات ترتكز على أصول المشروع

تمهيد:

إذا كان تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام boot يعتمد على ما يغله المشروع من تدفقات نقدية فى مرحلة التشغيل، فإن المراحل السابقة عليها لا يكون للبنوك المقرضة فيها حق الرجوع على شركة المشروع أو أن يكون لها حق رجوع محدود لا يشكل بذاته ضمانة كافية إلى جانب الضمانة المستمدة من غلة المشروع فيما بعد التشغيل. فبات لازما البحث عن ضمانات ترتكز عليها أصول المشروع قوامها تأمينات عينية، كما تلعب التأمينات الشخصية دورا مهما في تحقيق الضمان في حال عدم وفاء شركة المشروع بما عليها من التزامات. ونعرض لهذين الضمانين كل فى مطلب مستقل.[2]

المطلب الأول
التأمينات الشخصية

شاع فى العمل استخدام الكفالة وما يعرف بخطابات الثقة والنوايا وخطابات المساندة ضمانا للوفاء بحقوق البنوك الدائنه، ونعرض لهذين الضمانين، كل فى فرع مستقل.

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit . p.190.

[2] Abd el Baki Samy, Op. cit, p.191.

الفرع الأول

الكفالة

يقصد بالكفالة العقد الذي يتعهد بمقتضاه الكفيل للدائن بتنفيذ التـزام المدين في حال عدم وفاء الأخير لالتزامه.وتتعارض الكفالة في إطار تمويل المشروعات بنظام boot مع فكرة التمويل دون حق الرجوع، خاصة فـي مرحلة التشييد، حيث لا يدر المشروع عائدا تعول عليه مؤسسات التمويـل لاستيفاء حقها.[1]

ومن خصائص التزامات الكفيل تبعيتها لالتزام المـدين الأصـلي. فوفاء شركة المشروع بالتزامها تجاه البنوك المقرضة يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل، ويستطيع الكفيل أن يدفع بكل أوجه الدفوع التي تحـتج بهـا شركة المشروع على المقرضين، ويلتزم الكفيل بجميع الالتزامات المقـررة على شركة المشروع، كما أن بطلان الالتزام الأصلي يترتب عليه بطـلان التزام الكفيل.

ويخضع عقد الكفالة للقواعد العامة في القانون المـدني. وللكفيـل الحق في التمسك بالمزايا المقررة له من الدفع بالتجريد والدفع بتقسيم الدين، مالم يكن كفيلا متضامنا، بإعلان صريح عن ذلك شريطة أن يرشد الـدائن إلى أموال للمدين تفي بكل الدين (مادة٧٨٩ مدني).[2]

وثمة تشابه بين الكفالة والاشتراط لمصلحة الغير، في أن المتعهـد يتعهد بوفاء ما على المدين قبل دائنه، غير أنه يختلف عن الكفالة فـي أن التزام المتعهد التزام أصلى، في حين يكون التزام الكفيل التزاما احتياطيـا تابعا. ويقترب الاشتراط لمصلحة الغير مع الكفالة التـضامنية، وان كـان يتميز عن التزام الكفلاء المتضامنين فى أنه ينشىء دينا جديـدا فـى ذمـة المتعهد، وهو من هذا الوجه لا يجوز له أن يتمسك بأوجه الـدفوع التـى

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.199.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.200.

يتمسك بها المدين الأصلي تجاه الدائن.[1]

ولا يقتصر التزام الكفيل على الوفاء بأصل الدين وانما يشمل أيضا ملحقاته. وفي مجال تمويل المشروع يعد من قبيل ملحقات الدين فوائد القرض، والخسائر التي تلحق بالمقرضين وفوائدها المنصوص عليها في عقد القرض.وفي حال إفلاس شركة المشروع يلتزم الكفيل بوفاء الدين. وبافتتاح التفليسة يكون للمقرضين الحق في تتبع الكفيل. وقد يغطي التزام الكفيل ديونا محددة على شركة المشروع، وقد يشمل ديونها كافة.[2] ومن المقرر عملا بالمادة ٦٠٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أن سقوط آجال الديون مقصور على المفلس وحده دون سواه، كالمدين المتضامن أو الكفيل؛ لأن مصدر التزام المفلس يختلف عن مصدر التزام الكفيل، فضلا عن أنه لم يصدر من الملتزم غير المفلس ما يبرر سقوط حقه في الأجل.[3]

وللكفالة العديد من المزايا بالنسبة لشركة المشروع والبنوك المقرضة: فمن وجه أول، تتسم الكفالة ببساطة الإجراءات اللازمة لتقريرها. فعلى خلاف التأمينات العينية لا يشترط القيد أو الشهر عند تقديمها، ومن ثم لا تتحمل شركة المشروع نفقات هذه الإجراءات.

ومن وجه ثان، تحمي البنوك المقرضة من مخاطر اعسار شركة المشروع. ففي حال إخلال الأخيرة بتنفيذ التزاماتها تستطيع البنوك المقرضة الرجوع على الكفيل ومطالبته بسداد ما على شركة المشروع من دين.

وأخيرا، فإن الكفالة تجنب البنوك المقرضة سداد نفقات تقييم المركز المالي لشركة المشروع قبل إبرام اتفاق القرض، لأنها تستطيع الرجوع على مدين موسر"الكفيل" في الحالة التي يكون فيها التمويل بحق رجوع محدود

---

[1] Philippe Simler , le coutionnement et garantie autonomes, 2e edition, p.692.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.201.

[3] عبد الفضيل محمد أحمد ، الافلاس وفقا لأحكام قانون التجارة، ، صـ ١١٤ .

في حال تعثر شركة المشروع في الوفاء بما عليها من دين.

ومع ذلك، فإن الكفالة قد تعجز عن أداء دورها بوصفها وسيلة للضمان، وتتمثل العقبة الأساسية في هذا الصدد في إفلاس الضامن، وهوما يفرغها من دورها،[1] غير أن هذا الظرف الاستثنائي لا يقلل من دور الكفالة بوصفها ضمانا للمقرضين.

الفرع الثانى

خطابات النوايا

ظهرت فى الولايات المتحدة منذ حقبة الستينات ظاهرة جديدة قوامها اعتماد مقدم الائتمان على شخص آخر يكون هو نفسه محل ثقة أكبر لدى مقدم الائتمان، ثم انتقلت الظاهرة إلى أوروبا فى السبعينات ، وهو نوع مما يعرف بخطابات النوايا intention letter .[2]

وللوقوف على الدور الذى تلعبه خطابات النوايا (intention letter) بوصفها تأمينا شخصيا يتعين تحديد مفهومها ، والقيمة القانونية لخطابات النوايا .

تعريف خطابات النوايا:

خطاب النوايا وثيقة صادرة عن شخص يعنيه أمر الطرف المشمول بالخطاب، كالشركة الأم أو الدولة المضيفة، بموجبه يضمن مصدر الخطاب تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها. فالهدف من هذا الضمان إقناع البنوك المقرضة بقبول إقراض شركة المشروع .[3]

ولما كان هذا الضمان من شأنه التأثير على المركز المالى للضامن، حيث تظهر قيمة القرض فى جانب الخصوم من حساب ميزانيته، فقد يكتفى

---

1 Abd el Baki Samy. Op.cit. p.189 et s.

2 مصطفى الجمال ، السعى إلى التعاقد ، منشورات الحلبى الحقوقية ، ص٣٤١ .

3 Abd el Baki Samy. Op.cit. p.201.

مصدر الضمان بالمساندة، ويدرأ عن نفسه المسئولية المباشرة عن سداد القرض.

على أنه ، ينبغي التنويه أن مؤسسة الائتمان تكون – فى العادة – راغبة في منح الائتمان، ولديها مخاوف يبددها خطاب النوايا.[1]

ويتميز خطاب الثقة عن خطاب النوايا بأنه يصدر عن طرف أجنبى، ويوجه إلى أحد أطراف العقد أو التفاوض؛ ولهذا السبب يجد خطاب الثقة محله خارج اطار المفاوضات، خلافا لغيرها من خطابات النوايا التى يتبادلها الطرفان فى مرحلة التفاوض، بقصد تنظيم عملية التفاوض.[2]

ثانيا : القيمة القانونية لخطابات النوايا :

توجه الشركة الأم خطابا إلى البنوك المقرضة من أجل تسهيل حصول احدى الشركات التابعة على اعتماد أو تسهيلات ائتمانية. وتتوقف الطبيعة القانونية لخطاب النوايا على مضمون الخطاب كونه يتضمن التزاما قانونيا أو لا. وبمعنى آخر يتعين فى هذا الصدد التفرقة بين مضمون التعهد والتمييز بينه وبين مجرد التوصية.[3]

فإذا تضمن الخطاب التزاما قانونيا على عاتق مصدره، عد ضمانا شخصيا–وإلا أمكن اعتباره مجرد توصية– وقد يكون الالتزام بتحقيق نتيجة، وقد يكون ببذل عناية.

أما الالتزام بتحقيق نتيجة فإنه يضع على عاتق مصدر الخطاب التزاما بالوصول إلى نتيجة محددة، ويترتب على الإخلال بتنفيذ الالتزام المسئولية العقدية لمصدر الخطاب الذي لا يستطيع دفعها إلا بإثبات وقوع القوة قاهرة أو خطأ من جانب المضرور.[4]

---

[1] مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، ص٣٤٢ .

[2] مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، ص٣٤١ ،٣٤٢

[3] صلاح أمين أبو طالب، تجاوز السلطة في مجلس إدارة شركة المشاهمة، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٩، ص ٥٠

[4] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.202.

وتطبيقا لذلك إذا صدر من الشركة الأم أو السلطة المتعاقدة خطاب نوايا بضمان وفاء دين المدين إذا نكل عن الوفاء به أو بجزء منه في موعد الاستحقاق، فإنه ينشئ حقا للبنوك المقرضة في مطالبة مصدر الخطاب بالوفاء إلى حد تشبيه مركزه بمركز الكفيل. وقد تتعهد الشركة الأم بالاستمرار شريكا في الشركة التابعة حتى تقوم الأخيرة بالوفاء بالتزامات البنوك . ويعد هذا التزاما بامتناع عن عمل إذا أخلت الشركة به انعقدت مسئوليتها في مواجهة البنك المستفيد في خطاب النوايا.

مثل هذه التعهدات من شأنها تأمين الدائن ضد خطر نكول المدين عن الوفاء بالتزامه.[1]

أما إذا كان التزام مصدر الخطاب التزاما ببذل عناية ، كأن تضمن الخطاب التزام مصدره باتباع الوسائل الكفيلة بتحقيق النتيجة، انعقدت مسئوليته العقدية فى حال إخلاله بتنفيذ التزاماته متى توافرت أركانها؛ لعدم اتخاذ الوسائل الكفيلة بتحقيق النتيجة، وفقا لمعيار الشخص المعتاد . ففى مشروع (Pego) بالبرتغال لاعادة انشاء القطاع الكهربائى تعهدت الحكومة البرتغالية باتخاذ اللازم لضمان نقل الكربون للمجمع، وتعهد مصدر خطاب الثقة بحماية المقرضين، كما تضمن خطاب الثقة تاريخ تنفيذ مصدر الخطاب لالتزامه، وعلى هذا يكون للبنوك المقرضة التنفيذ على الأموال المملوكة لشركة المشروع قبل الرجوع على الدولة أو الشركة الأم.[2]

وفى حكم لمحكمة النقض الفرنسية فى مسألة خطاب النوايا الذى تصدره الشركة الأم لمصلحة دائن إحدى شركاتها التابعة قضت فيه بأن لقاضى الموضوع السلطة التقديرية فى اعتبار ما إذا كان التزام الشركة الأم التزاما ببذل عناية، ومن ثم لا يعد ضمانا للغير (الشركة التابعة) أو التزاما

[1] مصطفى الجمال، مرجع سابق، صـ ٣٦١ وما بعدها.وكذا صلاح امين ابو طالب، مرجع سابق، صـ ٥١.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.203.

بتحقيق نتيجة يتحقق به التزام الشركة الأم على نحو بات ونهائى باتخاذ كل ما هو ضرورى لتنفيذ الشركة التابعة لالتزاماتها تجاه دائنيها يتحقق به ضمان الشركة الأم للشركة التابعة.[1]

والتوصية بالمعنى الدقيق لا تعدو أن تكون واقعة قانونية ليس لها نصيب من صفات التصرف القانوني، وما ينشأ عنه من التزامات بالمعني المفهوم، ونتيجة لذلك فإن الموجه إليه خطاب التوصية لا يستطيع الاستناد إليها لمطالبة مصدر الخطاب بعمل ما أو آخر يمكنه من استيفاء ديونه أو يمكن المشمول بها من الوفاء بالتوصية؛ لأن التوصية لا تتضمن تعهدا قانونيا أو أدبيا يمكنه من المطالبة بالتعويض عن الضرر، على أساس المسئولية التقصيرية، إذا أثبت من وجه إليه الخطاب في جانب مصدره من خلال إثبات عدم صحة المعلومات التي قدمها مصدر الخطاب مع علمه بذلك، أو في القليل أنه كان في إمكانه أن يعلم بعدم صحتها إذا ما بذل الجهد المعقول الذي يبذله الشخص العادي، وإثبات علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر يكون بإثبات أن المعلومات التي وجهها مصدر الخطاب كانت هي الدافع إلى منح الائتمان للمشمول بالتوصية .[2]

أما التعهد فإنه يشكل اتفاقا بين محرره والموجه إليه، ويتحقق قبول الأخير إما من مجرد سكوته أو حيث يمكن عده من صور القبول الضمني إذا أفصح من وجه إليه بقيامه بتنفيذ العملية المقصودة في الخطاب.[3]

والبين أن الفارق بين حالة التوصية وحالة التعهد يكمن فى أن المسئولية الناشئة عن التوصية تقوم فى أساسها على الواجب العام فى التزام الحيطة والحذر فى السلوك، في حين تقوم المسئولية عن التعهد على أساس من واجب يستند إلى تصرف قانونى لقى القبول بخطاب الثقة، وانتفاء هذا

---

[1] صلاح امين ابو طالب، مرجع سابق، صـ ٥٤ وما بعدها.

[2] مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، ص٣٤٩ وما بعدها؛ وفي المعنى نفسه ، صلاح امين ابو طالب، مرجع سابق، صـ ٥١.

[3] مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، صـ ٣٥٠.

التعهد يجعل مسئولية مصدر الخطاب لا تستند الا على أساس من المسئولية التقصيرية.[1]

ويرى الباحث أن خطابات الثقة بأشكالها المختلفة، سواء أكانت من قبيل خطابات النوايا أم التوصية أم التعهد تشكل ضمانة اضافية للدائنين المقرضين إلا أنها تتباين في آثارها القانونية على أطرافها الثلاثة، ومن ثم فإن التكييف القانوني لطبيعتها المتباينة بين صورها المختلفة يؤثر تاثيرا مباشرا على المراكز القانونية لأطرافها، وينعكس بالضرورة على حقوقهم والتزاماتهم، بحيث يبقى الفصل في تفسير إرادة مصدر الخطاب لقاضي الموضوع أو هيئة التحكيم، بحسب الأحوال عند المنازعة، وهو ما يوجب على مصدر الخطاب أن يتحرى الحيطة والدقة لدى اختيار طبيعة المساندة التي يهدف إليها، لتحقيق الغاية المأمولة في تأمين الدائن وتحقيق الضمان.

وفى جميع الأحوال، فان الإلتزام الناشيء على عاتق مصدر الخطاب يتأسس على مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود، فلا يستطيع مصدر الخطاب أن يجحده أو ينكره أثناء سريان عقد القرض.[2]

المطلب الثاني
التأمينات العينية

يتميز التعاقد بنظام (boot) بأنه يخول شركة المشروع حقا عينيا على المنشأة متمثلا في ملكيتها، وهي بموجب هذا الحق تستطيع ترتيب تأمينات عينية على المنشأة ضمانا لوفاء ما عليها قبل البنوك المقرضة. ويستوي في ذلك أن يكون الرهن رسميا أو حيازيا.

ونعرض في هذا المطلب للرهن الرسمي والرهن الحيازي لأصول المشروع، كل في فرع مستقل.

---

[1] مصطفى الجمال ، مرجع سابق ، ص٣٥٩.

[2] Abd el Baki Samy , Op.cit ,p.203, 204.

الفرع الأول

الرهن الرسمي

الرهن العقارى:-

يبدو ضروريا فى مجال تمويل البنوك فى مشروعات البنية التحتية بنظام(boot) الأخذ بنظام الرهن الرسمى ضمانا للبنوك المقرضة فى مرحلة التشييد وقبل بدء التشغيل، حيث لا يتوفر بعد تدفقات نقدية.

وليس فى القانون المصرى ما يحول دون الأخذ بالرهن العقاري طالما أجاز الاتفاق والقانون تملك شركة المشروع للأصول ملكية خاصة طوال مدة الترخيص.[1]

وفى مجال التمويل بهذا النظام يتقرر للبنوك المقرضة حق رهن رسمى على الأراضى التى يقام عليها المشروع، كما يمكن أن يمتد محل الرهن، ليشمل عدة عقارات أخرى تستطيع البنوك المقرضة أن تستأدى حقوقها من أى منها؛ عملا بقاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة،[2] غير أنه بالنسبة للآلات والأدوات التي تحوزها شركة المشروع استنادا إلى حق التأجير التمويلي فلا يرد عليها الرهن قبل تملك الشركة لها.

ويرى الباحث وجوب الاتفاق على ألا يتجاوز سداد الدين أجل الترخيص، وهو ما يجد سنده فى أن التزام شركة المشروع بتسليم المنشأة خالية من الحقوق العينية والشخصية يفرض عليها ذلك؛ نفاذا لاتفاق الترخيص المبرم بينها وبين السلطة المتعاقدة.

الفرع الثاني

الرهن الحيازي

يشمل الرهن الحيازي رهن الأسهم المملوكة للمسهمين في شركة

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٢٩٢ .

[2] Abd el Baki Samy .Op cit,p.195

المشروع ، ورهن الحساب الاحتياطي وحساب العائد.

أولا:رهن الأسهم المملوكة للمساهمين فى شركة المشروع:

تشترط البنوك المقرضة – قبل اكتمال أعمال البناء والتشييد والتشغيل – رهن المسهمين للأسهم المملوكة لهم لمصلحة البنوك المقرضة ضمانا لسداد شركة المشروع لمديونيتها. وعملا بالمادة ٣٢٦ من قانون التجارة الجديد يعد المسهم الراهن بمثابة كفيل عينى . وعادة ما يتم اعتبار الرهن منتهيا بعد إتمام الإنشاء والتشييد والبدء فى التشغيل الاقتصادى للمشروع لاستبدال محل الرهن، وذلك بانتقال الرهن إلى عوائد المشروع.[١]

وقد نص المشرع في المادة ١٢٠ تجاري مصري على أن " تنتقل حيازة الحقوق بتسليم الصكوك الثابتة فيها وإذا كان الصك مودعا عند الغير، عد تسليم إيصال الإيداع بمثابة تسليم للصك ذاته، بشرط أن يكون معينا في الايصال تعيينا نافيا للجهالة وأن يرضى المودع عنده بحيازة الصك لحساب الدائن المرتهن".

والنص على النحو المتقدم حاسم الدلالة في جواز الحيازة الرمزية الثابتة في صكوك أو سندات ممثلة في ايصال الإيداع إذا توافرت الشروط المبينة بالنص آنف البيان.[٢]

وتتنوع المنقولات غير المادية أو المعنوية وتتمثل فى نوعين:

اما أن تكون حقا ثابتا فى صك من الصكوك التجارية ، أو تكون حقا عاديا.[٣]

وقد نص قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أحكام

---

[1] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، مرجع سابق ، ص٢٨٧ .

[2] على البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، طبعة ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ١٣١ وما بعدها.

[3] على البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجارى ، طبعة ٢٠٠٤ ، ص١٢٩ .

مغايرة في رهن الأوراق المالية، حيث أوجب أن يـتم رهـن الـصكوك الأسمية بحوالة يذكر فيها أنها على سبيل الرهن، وتقيد فى دفاتر لدى الجهة التى أصدرت الصك.

أما الصكوك لأمر أو الإذنية ، فيتم تظهيرها علـى أن يبـين فـى الصك أن التظهير للرهن أو لسواه ، وفى الحالتين يكون الرهن نافذا فـى حق المدين دون حاجة لاعلانه به خلافا للقواعد العامة.[١] وعمـلا بالمـادة ١٢١ /٢ من قانون التجارة يشترط لصحة هذا التظهير أن يكون موقعا من المدين الراهن بما يفيد الرهن أو الضمان.[٢]

أما الصك لحامله ، فحكمه حكم المنقول المعنوى،وبموجب المـادة الثانية من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ بشأن الإيداع والقيد المركزى للأوراق المالية يتم إيداع الأوراق المالية التى تم تـسليمها عـن طريق أحد أعضاء الإيداع المركزى بتقديم طلب بذلك على النموذج الـذى تعده الشركة مرفقا به ما يفيد ملكيتهم بالنسبة للأوراق المالية الإسمية ، على أن تصدر الشركة بيانا متضمنا نوع الورقة المالية والكمية المودعة وتاريخ الإيداع، وكون الأوراق المالية مرهونة أو محجوزا عليها، ويسلم العميـل البيان، ويقوم هذا البيان مقام صكوك الأوراق المالية والشهادات المؤقتة فى جميع التعاملات، بما فى ذلك الرهن.ويمتنع التعامل على الأوراق الماليـة المودعة أو اقتضاء أى حقوق ناشئة عنها إلا عن طريق القيد الدفترى لدى الشركة.

أما بالنسبة للحقوق العادية ، وهى مالا يجوز نقلهـا بالمناولـة أو بحوالة ، فتقيد فى سجلات أو بالتظهير ، فقد سكت قانون التجـارة الجديـد عن حكم الرهن الذى يتقرر عليها، ومن ثم لا مناص من أن يـصار إلـى

---

[1] عبد الغنى الأزهرى ، التنظيم القانونى لرهن الأوراق المالية دراسة مقارنة بـين القـانونين المصرى والفرنسي ، رسالة دكتوراة ، جامعة طنطا ٢٠٠٦ ، ص٢١٩ .

[2] علي البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجارى ، طبعة ٢٠٠٤ ، ص١٢٩ .

القواعد العامة فى القانون المدنى، حيث يتبع فى رهنه إجراءات الحوالة، عملا بالمادتين ٣٠٥ ، ١١٢٣ مدنى وبمقتضاهما يتعين قبول المدين للرهن أو إعلانه لينفذ فى حقه ، وأن يكون ثابت التاريخ لنفاذه فى حق الغير.

وينبغى التنويه أن المادتين ١٢١ /٣ ، ١٢٢ /١ من قانون التجارة واللتين تقضيان بنفاذ الرهن المشار إليه فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٢١ فى حق المدين دون حاجة إلى إعلان الراهن أو قبوله تتعلقان برهن الحقوق الثابتة فى صكوك اسمية أو لأمر ولا تنصرف إلى غيرها.

أما الفقرة الأولى من المادة ١٢٢ التى تنص على أنه " مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها فى المادة السابقة وهى المادة ١٢١ الخاصة بالحقوق الثابتة فى صكوك – لا يشترط لنفاذ الرهن التجارى فى حق الغير أن يكون مكتوبا أو تكون ورقته ثابتة التاريخ" فهى تتعلق بذاتية عقد الرهن، ولا تنصرف إلى إجراءات الإعلان أو القبول، ويتعين أن تكون ثابتة التاريخ لنفاذ الرهن فى حق الغير ، وتحتسب مرتبة الرهن من التاريخ الثابت لإعلان المدين أو قبوله.[1]

ويذهب جانب من الفقه إلى أنه" مما لاشك فيه أن الحكم بالنسبة لرهن الحقوق العادية به نوع من التشدد ، خاصة أن نقل حيازة الصكوك الاسمية ولأمر يكفى – دون ما حاجة إلى إعلان أو قبول ، أو ثبوت تاريخ لأى منهما أو للورقة المثبتة للرهن– لنفاذ رهن الحقوق الثابتة فيها فى حق المدين والغير. وهذا وضع لا يخلو من غرابة مادام الرهن تجاريا فى الحالتين، وما دام المقصود تشجيع وتسهيل الائتمان التجارى".[2]

ويجرى العمل فى فرنسا فيما يتعلق برهن الأسهم بإعلان شركة المشروع تاريخ الرهن والتوقيع على عقد الرهن، وتحويل الأسهم إلى حساب خاص باسم شركة المشروع يتضمن الأسهم المرهونة والحقوق

---

[1] على البارودي ومحمد فريد العريني، القانون التجاري، طبعة ٢٠٠٤، ص ١٣١.

[2] على البارودي و محمد فريد العرينى ، القانون التجارى ، طبعة ٢٠٠٤ ، ص١٣٠ وما بعدها .

المالية وغير المالية المملوكة لشركة المشروع، وذلك بموجب قانون ٣ يناير ١٩٨٣ فى شأن القيم المنقولة، ويتقرر للبنوك المقرضة حق تتبع المال المرهون والتنفيذ على الأسهم المرهونة بعد تجريد المدين.[١]

وبمقتضى القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ بشأن الإيداع والقيد المركزى ناط المشرع بشركة الإيداع المركزى قيد حق الرهن على الأوراق المالية فى سجلاتها، بهدف تجميدها وعدم جواز التصرف فيها نهائيا خلال فترة سريان القرض، لحين انقضاء الرهن وإخطار الشركة بذلك.

وينحصر أطراف عقد الرهن فى الدائن المرتهن، والمدين الراهن ، وأمين الحفظ الذى يدير حسابات العميل (المدين الراهن) فضلا عن شركة مصر للإيداع والحفظ المركزى.[٢]

وتتولى شركة الإيداع المركزى قيد حقوق الرهن على الأوراق المالية، ومنها الأسهم : وأوجب القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ تقديم مستندات تتمثل فى الآتى :

١. نسخة من عقد القرض.
٢. موافقة المدين الراهن.
٣. بيان موقع من طرفى عقد الرهن يعين سلطات الدائن المرتهن على الأوراق المالية المرهونة وتوابعها من الفوائد.[٣]

كما يوجب القانون قيد الرهن خلال ثلاثة أيام من تاريخ إيداع المستندات لشركة الإيداع والقيد المركزى.ولا يجوز للمالك المسجل رهن الأوراق المالية لمستفيدين لديه أو ترتيب أى حق عليها إلا إذا وافق المستفيد

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.196.

[2] هالة كمال محمد ، الالتزام بالقيد والإيداع المركزى وفقا لقانون٩٣ لسنة ٢٠٠٠ ، رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٢٧٢ .

[3] هشام فضلى ، تدأول الأوراق المالية والقيد فى الحساب ، دار الجامعة الجديد للنشر ، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ ، ص٦٦.

على ذلك كتابة، ويبدأ نفاذ الرهن قبل الغير من تاريخ قيد الرهن فى دفـاتر شركة الإيداع المركزى.[1]

آثار الرهن :

لم يرد فى نصوص القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ تعيين للآثار المترتبه على الرهن، ومن ثم يصار فى هذا الصدد إلى قواعد رهن الأوراق المالية التى وردت فى المادة ٣٢٤ وما بعدها من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بما لا يخل بالقواعد الجديدة الواردة بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ اللاحق على القانون الأول على أساس أن الأحكام الواردة فيه – على ما يرى الباحث – تعد ملغاه ضمنا فيما يتعارض منها وأحكام القانون اللاحق دون ما حاجة لنص المشرع على ذلك صراحة ، كما تسرى أحكام القانون المدنى فى الرهن الحيازى فيما لم يرد بشأنه نص فى قانون التجارة.[2]

والملاحظ أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ عرضت لبعض الأحكام الموضوعية فى رهن الأوراق المالية فى المادة من ٤٢ حتى ٤٤ من اللائحة ، فأخلت بمبدأ المشروعية حين أهدرت مرتبة التشريع بالنسبة للائحة فى السلم التشريعى ودون تفويض من المشرع حين تجاوزت الصفة اللائحية التي تصدر تنفيذا للقانون إلى التعرض لبعض الأحكام الموضوعية في رهن الأوراق المالية التي يضطلع بها المشرع أو من يفوضه في ذلك ، غير أن ما أوردته من أحكام جاءت تطبيقا للقواعد العامة فى القانون المدنى والتجارى،[3] وهو ما يجعل النص الوارد في اللائحة عقيما في نتيجته القانونية، حيث إن النص فى اللائحة ترديد لما ورد فى القانون.

---

[1] سميحة القليوبى ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني، ص ١٩٤ ومابعدها.

[2] هشام فضلى ، مرجع سابق ، ص٦٧ .

[3] هشام فضلى . مرجع سابق ، ص٦٧ .

وتتباين آثار الرهن بين المرحلة السابقة على حلول الدين وتلك التالية له.

١. آثار الرهن قبل حلول أجل الدين المضمون:

يكون للدائن اتخاذ كل التدابير والإجراءات اللازمة للحفاظ على الشيء المرهون وصيانته، عملا بالمادة ١٢٥ من قانون التجارة، كما له إدارة المال المرهون بما يماثل الإدارة التى يباشرها المودع لديه، ولا يجوز للدائن المرتهن إذا ما تراجعت قيمة الورقة فى السوق الورقية استبدال غيرها بها، لأن ذلك يتجاوز حدود الحفظ المنصوص عليه فى قانون التجارة.[1]

أما المدين الراهن ، فيبقى مالكا للشيء المرهون، ولكن حقه فى التصرف بصفته مالكا يقف عند حد عدم المساس بسلامة الرهن أو إضعاف التأمينات، وذلك عملا بالمادة ١١٢٠ من القانون المدنى التى توجب عرض الأمر على القاضى إذا عرضت للمدين فرصة بيع الشيء المرهون فى صفقة رابحة ، ويتولى القاضى عند الترخيص له بالبيع تعيين شروطه ، وما يتصل بإيداع الثمن الذى ينتقل إليه الرهن.

كما يظل للمدين الراهن الحق فى استثمار الورقة المالية المرهونة، مع مراعاة أن يكون الاستثمار بمنأى عن شبهة التصرف فى الورقة، وهو ما تحظره المادة ٤٢ من اللائحة، طالما يستبدل أوراقا جديدة بالورقة المالية المرهونة.[2]

وعملا بالمادة ١٢٨ /٢ من قانون التجارة يجوز لكل من المدين الراهن والدائن المرتهن أن يطلب من القاضى المختص بأمر على عريضة الترخيص له فى بيع الورقة المرهونة، إذا كانت عرضة للهلاك أو التلف ، ولم يشأ المدين الراهن تقديم بديل عنها ، وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج عن

---

[1] سميحة القليوبى ، الوسيط فى شرح قانون التجارة المصري، مرجع سابق، صـــ٢٠٠ وما بعدها.

[2] هشام فضلى ، مرجع سابق ، ص٦٩ .

البيع.[1]

وأخيرا ، فإنه فى الحالة التى تكون قيمة الورقة المرهونة قد دفعت بالكامل وقت تقديمها ، فإن واجب المدين الراهن عند مطالبته بباقى الثمن أن يقدمه للدائن المرتهن قبل ميعاد استحقاقه بيومين على الأقل ، وإلا جاز للدائن المرتهن بيع الورقة طبقا للإجراءات المقررة فى القانون التجارى على نحو ما يتقدم ، لينتقل الرهن إلى الباقى من ثمن البيع بعد سداد الجزء غير المدفوع من الثمن.[2]

٢. آثار الرهن عند حلول أجل الدين المضمون :-

أما فى حالة حلول أجل الدين المضمون بالرهن الحيازى ، فإن نكول المدين عن الوفاء به يجيز للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون واستيفاء جميع مستحقاته من قيمة الشيء المبيع ، ويكون للدائن المرتهن حق الأولوية والأفضلية.[3]

وينتقل حق الدائن المرتهن إلى ثمن الأوراق المالية المباعة ، ويشمل حق الدائن المرتهن مصاريف الصيانة والحفظ ، وجميع المصروفات التى تعد من مستلزمات الرهن.[4]

وتنص المادة ١٢٩ تجارى على بطلان ما يسمى بشرط الطريق الممهد clause de voie parée ، وهو اتفاق يتم إبرامه وقت تقديم الرهن أو بعد تقريره، يخول للدائن المرتهن فى حالة عدم استيفاء كامل دينه عند حلول أجله الحق فى تملك الشيء المرهون أو بيعه نظير ثمن معلوم أيا كان ، دون مراعاة الإجراءات المنصوص عليها فى القانون التجارى.[5]

وكان دافع المشرع إلى هذا الحظر اعتبارات مبناها أن قبول المدين

---

1 سميحة القليوبى ، الوسيط فى شرح قانون التجارة المصري ، مرجع سابق، صـ ٢٠٨.

2 هشام فضلى ، مرجع سابق ، ص٧٠ وما بعدها.

3 سميحة القليوبى ، شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧السنة ١٩٩٩ ، ص ٤١٥.

4 هشام فضلى ، مرجع سابق ، ص٧٥ .

5 على البارودي ومحمد فريد العريني ، القانون التجارى ، طبعة ٢٠٠٤ ، ص١٣٣ .

الراهن لهذا الشرط لا يكون – فى الغالب – إعمالا لمبدأ سلطان الارادة ، بالنظر إلى مركزه الضعيف الذى لا مفر أمامه من الانصياع لإرادة الدائن ، إضافة لما قد يختفى وراء هذا الشرط من فوائد ربوية تمثل الفارق بين الثمن المتفق عليه والثمن الحقيقى للمبيع ، وهو ما يخل بالتوازن الذى يرعاه الشارع بين المصالح المتعارضة لذوى الشأن لدى تنظيمه للتأمينات العينية.[1]

وإذا كانت المادة ١٢٩ من قانون التجارة قد حظرت من ناحية أخرى الاتفاق بين المدين الراهن والدائن المرتهن على بيع المال المرهون دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون للتنفيذ على المال المرهون فى حالة عدم الوفاء فى ميعاد الاستحقاق- فإن المشرع خرج على هذه القاعدة فى المادة ١٠٥ من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى ، فأجاز هذا الاتفاق إذا كان الدائن المرتهن بنكا.[2]

ثانيا: رهن حساب العائدات والاحتياطي:-

تلتزم شركة المشروع بفتح حساب للتدفقات النقدية من عائدات المشروع، وحساب احتياطي أو أكثر لخدمة المديونيات يتم إدراجها في عقد القرض لحماية البنوك المقرضة من مخاطر عدم وفاء شركة المشروع بسداد القرض، وعلى أن يتم إيداع أموال القرض في ترست.[3] وهو نظام مأخوذ به في دول النظام الانجلوسكسوني، بموجبه يتم نقل السيطرة القانونية للمال – عقارا كان أو منقولا- من مالكه إلى الأمين، بحيث يصبح هو المالك القانوني legal owner لهذا المال. ويلتزم الأمين trustee بإدارة المال وحمايته بغير إذن المستفيد (البنوك المقرضة) في حين يتقرر للمستفيد حق منفعة beneficial ownership يجيز له الرجوع بحقوقه قبل

---

[1] هشام فضلى ، مرجع سابق ، ص٧٥ .

[2] هشام فضلى ، مرجع سابق ، ص٧٦ .

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit, p. 109.

الأمين تجنبا لمزاحمة سائر الدائنين الآخرين.[1]

وفي نطاق تمويل المشروعات بنظام boot تتولى شركة المشروع نقل جميع الحقوق الناشئة عن عقود شراء الخدمة لمصلحة المستفيد. وعليه فإن الريع الناشئ عن تشغيل المشروع لا يدخل الذمة المالية لشركة المشروع؛ لأن الترست يتولى إدارة حساب المشروع ويطلق على هذا الحساب escrow account .

ويواجه هذا النظام صعوبة في القانونين المصري والفرنسي، حيث لا يجيزان العمل بضمانات أو امتيازات لا ينص عليها القانون.[2]

بيد أن الفقه في مصر وإن سلم أن دول النظام اللاتيني لا تعرف فكرة الترست فإنها تمنح الدائن في عقود boot الحقوق نفسها التي تمنحها فكرة الترست في دول القانون الأنجلوسكسوني عن طريق فكرة الرهن الحيازي pledge، عملا بنص المادة ١٠٩٦ مدني مصري وبمقتضاها يتقرر للدائن رهن تجاري حيازي تنتقل فيه حيازة المال إلى "عدل" يتفق عليه الطرفان يمنح الدائن المرتهن حق التتبع والتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من المال المرهون وتتبعه تحت أي يد تكون.[3]

وقد جرى العمل على استخدام الرهن الحيازى ضمانا للوفاء بالقروض البنكية، حيث يتقرر بمقتضاه رهن الأموال المادية والمعنوية المملوكة لشركة المشروع دون نقل حيازتها للدائن المرتهن، وتشمل الأموال النقدية والآلات والمعدات اللازمة لتشغيل المشروع، وقد استخدم هذا النوع من الرهن فى مشروع Fort – Dauphin ونص فى المادة ١٧ / ١ /٤ من العقد على أن " يكون القرض مضمونا بالأموال والحقوق والسندات وأسهم رأس المال عند الضرورة".

---

[1] حسني المصري، فكرة الترست وعقود الاستثمار المشترك في القيم المنقولة، الطبعة الأولى ١٩٨٥، هامش صـ ٤٢.

[2] Abd el Baki Samy. Op.cit. p.394.

[3] آمال كامل عبد الله ، مرجع سابق، صـ ١١٩ وما بعدها .

أما المشرع الفرنسي، فقد أوجب في قانون ١٨ يناير ١٩٥١ بشأن رهن الآلات والمعدات تدوين الرهن في عقد القرض المبرم بين شركة المشروع والبنوك المقرضة في موعد لا يتجاوز شهرين من تاريخ تسلم الأشياء المرهونة ثم قيده وتسجيله خلال خمسة عشر يوما التالية لتوقيع العقد. [١]

ولا تظهر الحاجة لتوقيع الرهن الحيازى إلا عند افلاس أو تصفية شركة المشروع، وبالرغم من أن المادة ١١٢٣ مدنى مصرى ، ٢٠٧٨ مدنى فرنسى تقضى بعدم نفاذ الرهن فى حق المدين إلا باعلانه وقبوله له[٢] ، فإن الملاحظ -عملا بديلا عن إعلان المدين وقبوله- استخدام الرهن الحيازى وسيلة لحوالة حق البنوك المقرضة قبل شركة المشروع بالنص على الرهن الحيازي فى عقد الضمان. فعلى سبيل المثال، تضمن اتفاق تمويل مشروع بالكاميرون تقرير رهن حيازى دون نقل الحيازة للبترول الخام [٣] ، وقد تعمد شركة المشروع إلى رهن جميع مستحقاتها المالية لدى الغير لمصلحة البنوك المقرضة، ومنها- على سبيل المثال - حساباتها البنكية والمبالغ المستحقة لها فى مواجهة أطراف المشروع[٤] ، وتقرير حق الرهن على الدين يمنع المدين الراهن من التصرف في هذا الدين، ويكسب الدائن حق أفضلية في حالة تعدد الدائنين في استيفاء الدين المحجوز لدى الغير. ويعد رهن الدين صورة من صور حوالة الحق، الغرض منها تحقيق هدف ائتماني، فالراهن يتصرف في حقه المقرر قبل مدينيه؛ للحصول على ائتمان من دائنه، ومن ثم يخضع للقواعد العامة في حوالة الحق، فلا ينفذ في حق المدين إلا بإعلانه به وقبوله له، طبقا للمادة ٣٠٥ مدني مصري[٥]،إلا

---

[1] Abd el Baki Samy , Op.cit ,p.196 .

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.217.

[3] Xavier latour – Dompgnac , Op.cit ,p.54.

[4] هانى سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق ، ص٢٨٧ .

[5] شمس الدين الوكيل،نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد، دار المعارف بمصر ، طبعة

أن العمل يجرى على أن يقوم مدينو شركة المشروع (المنتفعون أو مشترو الخدمة) بالسداد مباشرة للبنوك المقرضة عن طريق إبرام عقد وكالة بين شركة المشروع وهؤلاء، بموجبه تستوفى البنوك المقرضة ما على شركة المشروع من دين.[١]

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن تقرير الرهن الحيازى على إيرادات المشروع أو التدفقات النقدية للمشروع يثير صعوبتين : الأولى تتعلق بالسماح للدائن المرتهن بتقرير رهن حيازى قبل حلول أجل استحقاق الدين المضمون.والثانية تتعلق بتقرير حق رهن على ما سيغله المشروع من إيرادات.

الصعوبة الأولى، تتعلق بحظر القانون المدنى الفرنسي فى مادته ٢٠٧٨ والمادة ١١٢٨ من القانون المدنى المصرى التصرف فى المال المرهون عند عدم الوفاء بالدين قبل حلول أجل استحقاق الدين المضمون، وعليه يحظر النص فى الاتفاقات التعاقدية على السماح للدائن المرتهن التصرف فى المال المرهون قبل حلول أجل استحقاق الدين المضمون.[٢]

أما الصعوبة الأخرى، فتتعلق بعدم جواز رهن ما يغله المشروع من ريع، حيث تحظر المادة ١٠٣٣ / ٢مدني مصري رهن المال المستقبل، وترتيبا على ذلك، لا تستطيع البنوك المقرضة ترتيب حق رهن على ما سيغله المشروع من ريع.

وهذا الرأى محل نظر، حيث إنه من المقرر أن الديون التى تقيد فى الحساب الجارى تندمج فى كل غير قابل للتجزئة، فلا يوجد حق ولا دين وما دام الحساب مفتوحا لا يمكن اعتبار أحد الطرفين دائنا أو مدينا للآخر ، وظل الحساب على هذا النحو لحين قفله وتصفيته وظهور الرصيد النهائى

١٩٥٦، صـ ٤٩٦ وما بعدها.

[1] Abd el Baki Samy , Op.cit ,p.218.

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.218.

دينا لأحدهما على الآخر ، وهو ما يعبر عنه بقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى.[١]

ولما كان من بين التزامات شركة المشروع إيداع عوائده والاحتياطى فى حساب جار، فإنه يجوز الاتفاق على أن التأمينات الضامنة لأحد الديون تظل قائمة لضمان الرصيد النهائى الذى يعرف عند قفل الحساب وتصفيته

ويجدر الذكر ان القانونين الأمريكى والانجليزي يجيزان رهن أية أموال حالة أو مستقبلة تؤول ملكيتها للراهن. فالقانون الإنجليزي يأخذ بنظام الرهن العائم floating charge، أما القانون الأمريكي فيأخذ بنظام security interest [٢] وبموجبه يتقرر للدائن حق أولوية على المنقولات المملوكة للمدين؛ بهدف ضمان تنفيذ الالتزام ، فإذا أخل المدين بتنفيذ التزامه حق للدائن نقل ملكية المال.[٣]

وفى نطاق تمويل المشروع بنظام boot يتقرر للبنوك المقرضة حق أولوية على الأسهم والشيكات والسندات الإذنية ، والحقوق الناشئة عن العقود المبرمة بين شركة المشروع والمنفذين ، وكذلك براءات الاختراع والعلامات التجارية ... الخ.

وتستوجب المادة التاسعة من تقنين التجارة الموحد الأمريكى توافر ثلاثة شروط لنفاذ الحق : الشرط الأول ، يتعين أن تكون شركة المشروع مالكة المال محل الضمان. أما الشرط الثانى، فإبرام عقد ضمان بين البنوك

---

1 مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ١٩٩٩ ، ص٣٧؛

.

2 هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، صـ ٢٩٢.

3 Witz Claude, Les Suretés Moblières Anglo-Américaines Au regard du droit français des sûretés, revue de droit Bancaire et de la bourse, p.147. Witz

المقرضة وشركة المشروع، بحيث تنتقل ملكية المنقولات المملوكة للأخيرة إلى البنوك المقرضة إذا أخلت شركة المشروع بالتزاماتهـا . وأخيـرا،أن يقرر حق الأولوية ليس على منقولات شركة المشروع القائمة بـل تـشمل المنقولات التى تكتسبها الشركة أثناء سريان الضمان، وفى ذلك يتشابه هذا النظام مع نظام Floating charge [1].

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit ,p.222 et s.

المبحث الثاني
الضمانات التي ترتكز على ايرادات المشروع

رأينا أن التمويل المقدم من شركة المشروع يشكل ضمانة أساسية للمقرضين ودائني المشروع الآخرين، كما يعول هؤلاء على ما يغله المشروع من دخل cash flow في استرداد قيمة القروض ، ومن ثم يمكن القول إن لعوائد المشروع وجهين : الأول أنها أداة ضمان، والثاني، أنها أداة لاسترداد الائتمان، بموجبها تسترد شركة المشروع تكلفة الاستثمار.

ولما كانت التدفقات النقدية هي المصدر الأساسي لوفاء شركة المشروع بما عليها من دين، كان من اللازم أن تتخذ مؤسسات التمويل الإجراءات الكفيلة باسترداد القرض وفوائده، وتجنب مزاحمة سائر الدائنين لها في حال إفلاس شركة المشروع. ويتحقق ذلك بأحدى الآليات الآتيه: الأولى، حوالة الحق وهو ما نعرض له فى **مطلب أول**، والثانية، مستمدة من القواعد العامة فى الالتزامات فيما يخص الإنابة وهو ما نعرض له فى **مطلب ثاني**.[1]

المطلب الأول
حوالة الحق

تعريف حوالة الحق:

حوالة الحق أو عقد الحوالة assignment هى اتفاق ينقل به الدائن (المحيل) ماله من حقوق قبل مدينه (المحال عليه) إلى شخص آخر (محال له) يصبح دائنا مكانه.[2]

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.205.

[2] أنور سلطان ، الأحكام العامة للالتزام ، الجزء الثانى ، منشأة المعارف طبعة ١٩٩٥ ، ص٣٢٥ .وراجع المواد من ٣٠٣ حتى ٣١٤ مدنى مصرى.

ويشترط لانعقاد الحوالة أن يكون الحق المحال قابلا للنزول عنه، والأصل أن جميع الحقوق المالية جائز النزول عنها إلا ما استثنى ، وهو ما أشارت إليه المادة ٣٠٣ مدنى مصرى بالنص على أنه " يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام".

ولا ترد الحوالة على الحقوق العينية؛ لأن الحق العينى لا يتعلق بذمة مدين معين بالذات، فيتم نقله بالاتفاق بين صاحبه ومن يتعاقد معه ، ولكنه لا ينفذ فى حق الغير إلا باتباع إجراءات التسجيل أو القيد إذا كان محله عقارا ، أما إذا كان محله منقولا، فإن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية تكفل الحماية للحائز قبل الغير.[1]

جدوى حوالة الحق فى تحقيق الضمان للبنوك المقرضة:-

وفى نطاق تمويل المشروع بنظام boot ، تحيل شركة المشروع مالها من حق قبل المنتفعين بالخدمة أو مشتريها للوفاء للبنوك المقرضة بما عليها من دين، وتخول الحوالة للبنوك المقرضة الحق فى تحصيل المبالغ المستحقة لشركة المشروع مباشرة من مدينيها دون حاجة إلى تتبع المدين، كما هو الحال فى الرهن.[2]

ويترتب على انعقاد الحوالة صحيحا التزام المحيل بنقل الحق إلى المحال إليه بجميع ملحقاته وضماناته وصفاته وما يتصل به من دفوع ، والتزام المحيل بضمان الحق المحال به ، فضلا عن التزامه بتسليم المحال إليه سند الحق المحال به.

وقد عرضت المادة ٣١٣ من القانون المدنى لحالة تعدد الحوالة بحق واحد فنصت على أنه" إذا تعددت الحوالة بحق واحد، فضلت الحوالة

---

[1] محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء ، مؤسسة روز اليوسف طبعة ١٩٨٠ ، ص٩٨٥ .

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.206.

التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير".أى لمن يكون حصل قبل غيره على قبول المدين بحوالته قبولا ثابت التاريخ، أو من سبق غيره فى إعلان حوالته إلى المدين.[1]

ومع ذلك ، فإن هناك عددا من الصعوبات التى تثور عند حوالة الحق للبنوك المقرضة فى إطار تمويل مشروعات boot :

يستلزم إبرام عقد حوالة الحق شأنه شأن سائر العقود رضاء أطرافه (الدائن المحيل والمحال إليه)، وتجرى عليه القواعد العامة فى العقود، من حيث انعقادها وتوافر الأهلية وسلامة الرضاء من العيوب ، وإذا لم يترتب على الحوالة زيادة في عبء الالتزام بالنسبة للمدين فإن القانون لا يستوجب قبوله.[2]

ولا يثير الأخذ بنظام الحوالة مشكلة فى الأحوال العادية إلا أنه يواجه العديد من الصعوبات فى نطاق تمويل مشروعات boot تتصل بالشكلية من ناحية ، وتتعلق بمدى إمكان حوالة دين مستقبل من ناحية أخرى والأخيرة تثور بسبب الطبيعة الائتمانية للحوالة.[3]

الصعوبة الأولى: الشكلية

رغم أن الحوالة عقد رضائى ينعقد بايجاب وقبول أطرافه، ولا يوجب القانون شكلا لانعقاده ، فإن الكتابة تشكل عنصرا مهما فى تمويل مشروعات boot فهى شرط جوهرى للإثبات فى القانون الفرنسي إذا تجاوز الدين مبلغ خمسة آلاف فرنك،[4] ألف جنيه طبقا لنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات المصرى.

وبتمام انعقاد الحوالة يضحى المحال عليهم (المنتفعون ومشترو الخدمة) مدينين للمحال له- البنوك المقرضه - ويشترط لنفاذها فى حقهم

---

1 سليمان مرقص ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ،ص٤٠٨ .

2 أنور سلطان ، مرجع سابق ، ص٣٢٧ .

3 Abd el Baki Samy. Op.cit, p.207.

4 Abd el Baki Samy , Op.cit,p.208.

قبولهم لها أو إعلانهم بها.[1] ويبقى للبنوك المقرضة إذا نكل هؤلاء عن السداد تتبعهم بالدعوى غير المباشرة.[2]

ويشترط القانون الانجليزى لنفاذ الحوالة تجاه المدين أو الغير إعلانه بها والرسمية غير واجبة، ويكفى فيها العقد العرفى.[3]

ويترتب على عدم إعلان المحال عليه نتائج فى غاية الأهمية نص عليها فى المادة ٣٠٥ من القانون المدنى المصرى والمادة ١٦٩١ من القانون المدنى الفرنسي، حيث تنص المادة ٣٠٥ على أنه " لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ".

وهذا أمر منطقي، إذ لا يتصور أن تطلب شركة المشروع من مدينيها الوفاء للبنوك المقرضة دون تحقق علمهم، فإذا وفى المحال عليهم لشركة المشروع بالرغم من إعلانهم لا يكون الوفاء مبرئا للذمة فى مواجهة البنوك المقرضة.وقد أخذ القانونان الأمريكى والبريطانى بهذه القاعدة فى العديد من الوقائع.[4]

ولا شك أن الشكلية التى تتمثل فى وجوب إعلان المدين (المحال عليهم) بالحوالة يمثل عقبة أمام الالتجاء إلى حوالة الحق فى المسائل التجارية، عامة وفى إطار تمويل المشروعات بنظام boot خاصة، إذ إنه أمر مكلف وعسير لما يتطلبه من إعلان جميع المنتفعين بالخدمة بالوفاء للبنوك المقرضة مباشرة .[5]

---

[1] محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، منشأة المعارف ، ص١٩٤ .

[2] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.208.

[3] Touraine Hervè, titrisation internationals, transfert des créances et des sûretés: panoramas du legislations européennes, DPCI, n °3.1996, p.352.

[4] Abd el Baki Samy , Op.cit ,p.208.

[5] محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص١٩٤؛ وكذا سامى عبد الباقى ، مرجع سابق ، ص٢٠٩ .

وتخفيفا من وطأة هذه المشكلة صدر قانون ديللى فى فرنسا فى ٢ يناير ١٩٨١ وتم تعديله فى ٢٤ / ١ / ١٩٨٤ يسمح بجعل الديون المهنية الحاضرة والمستقبلة أداة ائتمان اما عن طريق رهنها حيازيا أو التنازل عنها.[١]

وتجد فاتورة ديللى مجالها فى نطاق عمليات منح الائتمان، وأبرز ما انطوت عليه هذه الحوالة من أحكام ما يلي:

١. أن قانون ديلى لم يضع أى شروط خاصة لمتلقى الائتمان إذا كان شخصا معنويا من أشخاص القانون العام أو الخاص، أما فى حالة الشخص الطبيعى فقد أوجب أن يكون الائتمان متعلقا بنشاطه المهنى ، كما لم يضع شروطا خاصة للحقوق الضامنة للائتمان، من حيث مصدرها، سواء أكانت ناشئة من مصادر تعاقدية أم قانونية أم تقصيرية.
٢. يمكن لفاتورة ديلى أن تنقل الحقوق المستقبلة والحقوق المحتملة طالما تحددت قيمتها التقريبية.
٣. تتميز حوالة ديللى بالسهولة والفعالية، حيث استلزم القانون تضمين الفاتورة بيانات معينة تتمثل فى التوقيع الخطى من العميل ، متلقى الائتمان، تاريخ الفاتورة المحرر بمعرفة مؤسسة الائتمان.[٢]

ويترتب على التنازل نقل ملكية الدين المتنازل عنه إلى المتنازل له، ولو كانت على سبيل الضمان دون اشتراط ثمن، وينفذ حق الملكية فى مواجهة جميع دائنى المدين، ولو كانوا دائنين ممتازين[٣].

الصعوبة الثانية: حوالة دين مستقبل:-

أجاز القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٠والقانون المدني

[1] محمد حسين منصور ، ص١٩٤ .

[2] هشام محمد فضلى ، عقد شراء الحقوق التجارية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة المنوفية،١٩٩٦، ص٥٠ .

[3] نبيل سعد ،مرجع سابق، ص٢٧٣ ؛ سمى عبد الباقي، مرجع سابق ، ص٢١١ .

المصري في المادة ١٣١ أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا.

وتطبيق هذه القاعدة يواجه صعوبة في نطاق تمويل مشروعات boot ، إذ إن شركة المشروع لا تكون دائنة للمنتفعين بالخدمة او مشتريها عند إبرام عقد القرض، ومن ثم يصعب حوالة حقها للبنوك المقرضة.

وبالرغم من أن البنوك المقرضة تعول عند منح القرض لشركة المشروع على الجدارة الائتمانية للمشروع وحدها، ولا تستطيع أن تجري عملية حوالة الحق عن طريق التوسع في مفهوم الدين المستقبل في القوانين الوطنية، فلا يوجد ما يمنع قانونا أو اتفاقا حوالة الحقوق الشخصية المستقبلة وغير المحققة؛ من وجه آخر، فإن القضاء لا يشترط استحقاق الدين لإمكان حوالته، بل يكفي إبرام العقد الذي بموجبه تتم الحوالة، وهو ما أكده قانون ديللي في مادته الأولى.[١]

أما القانون الإنجليزي، فلا يجيز حوالة المال المستقبل، وإن كان يجيز رهن المال المستقبل، ويسري الضمان منذ يوم نفاذ اتفاق الضمان.[٢]

ويرى الباحث، أن المال المستقبل الناشئ عن مقابل تزويد جمهور المنتفعين بالمنتج أو الخدمة أجازته المادة ١٣١مدني مصري وأن إرادة الطرفين (شركة المشروع والبنوك المقرضة) قد تلاقت على حوالة هذا الحق للأخيرة من تاريخ التشغيل، بما لا يشكل عقبة ما في صيرورة المال المنتج ضمانة للبنوك المقرضة.

الصعوبة الثالثة: حوالة الدين على سبيل الضمان:

يمكن لشركة المشروع اتباع طريق آخر، بخلاف حوالة حقها قبل

---

1 Abd el Baki Samy, Op.cit, p.210.

وكذا، نقض مدني، جلسة ١٩٥٩/١١/١٢، مكتب فني ١٠، الجزء ٣، صـ ٦٤١، الطعن رقم ٥٢.

2 Witz Claude, les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés, RD bancaire et bourse.n°32,1992, Op.cit, p. 144; Abd el Baki Samy, Op.cit, p.210.

المنتفعين بالخدمة أو مشتريها ويتم ذلك عن طريق حوالة الدين على سبيل الضمان، وهو ما يطلق عليه التصرف الائتماني fiducie- sûrètè .

ويقصد بالتصرف الائتماني" العقد الذي بمقتضاه يتصرف شخص يطلق عليه المتصرف إلى آخر (المتصرف إليه أو إلى الغير) في مال معين على سبيل الضمان لحق معين لفترة زمنية معينة".[1]

ويعرف البعض التصرف الائتماني أيضا بأنه " عقد بمقتضاه يتصرف شخص إلى آخر فى مال مادى أو معنوى معين على سبيل الضمان لحق معين، على أن يلتزم المتصرف إليه بنقل ملكية هذا المال مرة أخرى إلى المتصرف إذا لم يكن هناك محلا لهذا الضمان"[2].

ولا يعد ذلك من قبيل بيع الوفاء، لأنه فى هذا العقد تجتمع أركان عقد البيع فى التصرف من رضاء وقبول وثمن، غاية الأمر أن هذا البيع معلق على شرط فاسخ هو رد البائع الثمن وملحقاته، أما التصرف الائتمانى، فإن المتصرف إليه لا يدفع ثمنا، ولكن نقل الملكية يتم على سبيل الضمان ، وهو ما انصرفت إليه إرادة الطرفين، وذلك لقاء منح الائتمان للمدين الائتمانى.

وتتميز حوالة الحق عن التصرف الائتمانى بأن الحق محل الحوالة ينتقل نهائية إلى الدائن، أما التصرف الائتمانى فيكون نقل الحق فيه مؤقتا على سبيل الضمان.[3]

وفى نطاق تمويل المشروعات بنظام BOOT ، تنقل شركة المشروع حقها قبل المنتفعين ومشترى الخدمة إلى البنوك المقرضة ، فإذا

---

[1] Bureau Antoine, la contrat de fiducie- sûretès, étude de droit compare. Allemagne, france, Luxembourg, memoires. universite nancy.
موقع جامعة نانسي على الشبكة:http://juripole-unancy.fr/memoires

[2] Witz Claude, la fiducie en droit privé français, Economica, p.140 et s: Abd el Baki Samy, Op.cit, p.212.

[3] هشام فضلى ، عقد شراء الحقوق التجارية ، مرجع سابق ، ص٥٦ .

استوفت البنوك المقرضة حقها بالتنفيذ على ايرادات المشروع، التزمت برد الباقى لشركة المشروع، وإذا كان عقد التصرف الائتمانى يحقق العديد من المزايا للبنوك المقرضة فى نطاق تمويل مشروعات بنظام Boot ، فإن هناك العديد من الصعوبات التى تواجه كلا من البنوك المقرضة وشركة المشروع، تتمثل فى الآتى:

١. ما نصت عليه المادة ١١٣٠ مدنى مصرى من أن ١ - " الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة لصفته.

٢- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون". وهذا النص المقابل للمادتين ٢٠٩٣ و ٢٠٩٤ مدنى فرنسى،إلا أن جانبا من الفقه يذهب إلى أن الحظر ينطبق على التامينات القانونية وحدها دون الاتفاقية التى تخضع لارادة أطراف التعاقد (البنوك المقرضة – شركة المشروع).

٢. أما الصعوبة الثانية فهى تتمثل فى الحالة التى تقرر فيها شركة المشروع حق امتياز للبنوك المقرضة ، ويكون للسلطة المتعاقدة وفقا لاتفاق المشروع حق إحلال متعاقد آخر محل شركة المشروع، فى حال إخلالها بتنفيذ التزاماتها، بحيث يثور التساؤل عن مدى التزام المتعاقد الجديد بما ورد فى حوالة الحق بين المتعاقد الأول والبنوك المقرضة بشأن الامتياز.[1]

المطلب الثاني
ضمانات مستمدة من القواعد العامة

الإنابة:-

الإنابة عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم :المدين الأصلى وهو المنيب، والأجنبى الذى ينيبه المدين فى وفاء الدين للدائن ويسمى المناب، ثم الدائن الذى يسمى المناب لديه.

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit. p.213.

وقد تتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين بإحلال الأجنبي المناب محل المدين الأصلي في الوفاء بالدين إلى الدائن، وتسمى في هذه الحالة إنابة كاملة.

أما الانابة الناقصة فتكون كذلك إذا لم يقبل الدائن ابراء المنيب من دينه ، بل اكتفى بقبول تعهد المناب قبله منضما إلى الزام المنيب ، بحيث يكون له مدينين يطالب أيا منهما بالوفاء ، دون تضامن بينهما.[1]

وتنص المادة ٣٦١ مدني على أن "يكون إلتزام المناب قبل المناب لديه صحيحا، ولو كان إلتزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الإلتزام خاضعا لدفع من الدفوع ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره".

ومؤدى هذا النص أن المنيب يبقى مدينا للمناب لديه، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي، بل يكتفي الدائن بقبول تعهد المناب، على أن يضم هذا التعهد إلى التزام المنيب قبله، بحيث يكون له أن يطالب أيا منهما دون أن يكون بينهما تضامن، فإذا وفى المناب الدين، انقضى دينه ودين المنيب قبل الدائن ،وكان له الرجوع بما أوفاه على المدين الأصلي المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، إلا إذا كان المناب مدينا للمنيب، وقصد بالإنابة تجديد هذا الدين.[2]

ويترتب على ذلك استقلال إلتزام المناب عن الإلتزام الأصلي، وهو التزام شركة المشروع قبل البنوك، وهوما يترتب عليه عدم جواز تمسك المناب بالدفوع التي يمكنه التمسك بها في مواجهة المنيب (شركة المشروع)، ولما كانت الإنابة على النحو سالف الذكر تنشيء إلتزاما مستقلا على عاتق المناب (المنتفعين أو مشتري الخدمة في اتفاق الشراء أو

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الثالث ، المجلد الثاني انقضاء الالتزام ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٨٤ ، ص١٠٠٥ وما بعدها.

[2] سليمان مرقص ، مرجع سابق ، ص٤٨٧ بند ٣٩٠ .

السداد) لمصلحة البنوك المقرضة ، فإن الأولين يكونون من الغير في العلاقة بين شركة المشروع والبنوك المقرضة، بحيث لا يجوز لهم التمسك بالدفوع التى تكون لهم قبل شركة المشروع فى مواجهة تلك البنوك.

فضلا عن ذلك ، فان التزام المناب يقتصر على مسئوليته أمام البنوك المقرضة وحدها دون مزاحمة سائر الدائنين لتلك البنوك.[١] .

وتشكل الإنابة حجر الأساس فى تمويل مشروعات boot، ومن العقود التى استخدمتها لضمان البنوك المقرضة الوفاء بحقوقها عقد بناء مصنع فى البرازيل، حيث نص العقد صراحة على الإنابة الناقصة "وحق البنوك المقرضة فى الرجوع على مشترى الخدمة مباشرة، لاستيفاء حقوقهم، ولا يستطيع هؤلاء الاحتجاج بالدفوع المتعلقة بالعلاقة بينهم وبين شركة المشروع، للتحلل من التزاماتهم تجاه البنوك المقرضة". وفى العقد المبرم لتمويل استغلال حقل بترولى بالكاميرون استخدمت البنوك المقرضة الإنابة لاستيفاء حقوقها، فكان لها الحق فى الرجوع على المدين المقترض والمالك.[٢]

فالإنابة بوصفها أداة للضمان فى تمويل مشروعات boot تشكل وسيلة تحقق الغاية التى تنشدها البنوك المقرضة، حيث تجنبها مزاحمة سائر دائنى شركة المشروع لدى استيفاء حقوقها، كما تستطيع البنوك المقرضه من ناحية أخرى الرجوع على مدينها الأصلى(شركة المشروع) والمناب له، فيكون لها مدينان، وليس للأخير التمسك بالدفوع التى يحتج بها على المنيب قبل الدائن (البنوك المقرضة) وذلك خلافا للمحال عليه فى حوالة الحق .[٣]

---

[1] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.216.

[2] Dompgnac- Latour Xavier, les garanties financiers et bancaires dans les contrats nord-sud, in contrats internationaux et pays en developpement, hervé caussain, economica 1989, p.50.

[3] Abd el Baki Samy, Op.cit, p.217.

الخاتمة

عرضنا في هذا البحث للتنظيم القانوني للتعاقد بنظام boot ،وخلصنا إلى النتائج الآتية:

أن هذا العقد ليس عقدا بسيطا ولا هو عقد مركب إنما هو "مجموع عقدي" أفرزه العمل، بعد أن تخلت الدولة عن وظائفها الأساسية حتى باعتبارها حارسا واستعانت بالقطاع الخاص، سواء كان وطنيا أو أجنبيا، في تمويل مشروعات البنية الأساسية، وهي مشروعات تستلزم رؤوس أموال ضخمة تنوء بها ميزانية الدول خصوصا النامية منها، وتمخض العمل عن ظهور التعاقد بنظام الإنشاء والتملك والادارة ونقل الملكية .B.O.O.T

وبمقتضى هذا النظام تتولى السلطة المتعاقدة إبرام عقد بينها وبين إحدى الشركات المتخصصة، يسمى "عقد الأساس". غير أن هذه الأخيرة، مهما بلغت قدرتها المالية، لا تستطيع الاضطلاع وحدها بالمشروع على نحو تضطر معه إلى الدخول في علاقات قانونية مع آخرين تسهم في تنفيذ هذه الالتزامات، أو تساعد على تنفيذها، أو تقدم الضمانات اللازمة لتمام هذا التنفيذ، مثل التعاقد مع مقاول البناء، والمشغل، وشركات الإدارة، والبنوك ومؤسسات التمويل، حيث تتضافر العقود المتعددة على تحقيق هدف واحد مشترك رغم إختلاف أطرافها مكونة ائتلافا عقديا متناسقا[1].

والأصل أن لكل طرف مصلحته التي يتغياها من الاتفاق والتي قد تتعارض مع مصالح باقي الأطراف في العقود الأخرى، والذي يعتبر - بحسب الأصل- أجنبيا عنها. وكشف العمل عن أن الاتفاقات بين أطراف هذه العقود قد كفلت إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة.

---

[1] مصطفي الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف الطبعة الأولى، ١٩٩٨،صــ ٩٤؛ وما بعدها.

ولقد اتجه الفقه في فرنسا إلى تقرير وجود نوع من التبعية بين عقود المجموعة العقدية الواحدة يجعل منها كلا يستعصى على التجزئة بين وحداته، سواء من الناحية الاقتصادية أو القانونية، بحيث يجعل أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في باقي العقود المكونة للمجموعة العقدية، وذلك خلافا لمبدأ نسبية أثر العقد بمفهومه التقليدي.[1]

ولا يخلو هذا النظر من نتيجتين هامتين: الأولى بخصوص دعوى المسئولية، فرغم أن الأجنبى المسئول قد يكون طرفا فى عقد ، والدائن المضرور طرفا فى عقد آخر، إلا أن العقدين يضمهما مجموع عقدى واحد يجيز لأحدهما الرجوع على الآخر بدعوى المسئولية التعاقدية مستفيدا من مزية الإعفاء من عبء الإثبات ، وحصر نطاق المسئولية وفقا لأحكام العقد الذى دخل المسئول طرفا فيه.

والنتيجة الثانية ، تتعلق بسريان شرط التحكيم المنصوص عليه فى عقد الأساس على سائر العقود الأخرى المرتبطة بتنفيذ العقد.[2]

ورغم النتيجة العملية لهذا النظر إلا أنه يفتقر إلى السند القانونى الذى يسوغ انعقاد مسئولية المتعاقد بمقتضى أحكام عقد لم يكن طرفا فيه ، وهو نظر يغنى عنه إتفاق الأطراف وينأى بالمسئولية عن دائرة إنعدام السند القانونى لها ؛ ولا أدل على ذلك من تبنى القضاء الفرنسى هذا النظر وأيدته محكمة النقض إلا أن الأخيرة لم تلبث أن تراجعت عن قضائها السابق بالحكم الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٩١.[3]

ولم تقف خصوصية عقد b.o.o.t عند ما تقدم بل امتدت اتفاقات الأطراف إلى المساس بالخصائص التقليدية للحقوق الناشئة عن العقد، وأبرزها حق الملكية باعتباره – في الفكر التقليدي– حقا دائما بطبيعته، مما

---

[1] Bernard Teyssie, les Groupes de contrats, bibliothèque de droit privé, 1975.p.239.

[2] Bernard Teyssie, Op.cit, p.239 et s.

[3] مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، صـ ٥٠٢.

ترتب عليه عدم جواز اقتران هذا الحق بأجل. غير أن تدخل القطاع الخاص في الاضطلاع بإنشاء وإدارة وتشغيل البنية التحتية بما يلزمه من استثمارات ضخمة، فرضت عليه الالتجاء إلى الاقتراض من بيوت التمويل للحصول على الأموال اللازمة من تلك الجهات والتي تحرص من جانبها على ضمان استرداد الائتمان، ومن ثم جرت الاتفاقات على نقل ملكية المشروع إلى شركة المشروع منذ التعاقد وحتى تاريخ انتهاء الالتزام المتفق عليه، يعود بعده إلى السلطة المتعاقدة تشجيعا للبنوك على تقديم الائتمان بضمان المشروع، وهو الأمر المأخوذ به في عقود البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية، وهكذا نشأت للملكية وظيفة مستحدثة هي الملكية على سبيل الضمان أو الملكية الاقتصادية وهي فكرة شبيهة بنظام التأجير التمويلي.

وأخيرا، فإن السلطة المتعاقدة وهي تتغيا من إبرام اتفاق الترخيص إنشاء مرفق عام ويعنيها بالضرورة حسن أدائه وضمان استمراره، كما تسعى شركة المشروع من ناحية أخرى إلى استرداد الائتمان وضمان هامش من الربح، فإنه يبقى على السلطة المتعاقدة تحري حسن النية في تنفيذ التزاماتها تجاه شركة المشروع تحقيقا لحسن سير المرفق بانتظام واطراد حتى انتهاء مدة الترخيص محل الاتفاق.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولا:المراجع باللغة عربية

أ- المراجع العامة:

١. **أنور سلطان** ، الأحكام العامة للالتزام ، الجزء الثانى ، منشأة المعارف طبعة ١٩٩٥.

٢. **بطرس بطرس غالي**، قناة السويس ومشكلاتها ١٨٥٤-١٩٥٧ ، ج ٢ الوثائق الدولية، مطابع البصير بالاسكندرية، طبعة ١٩٥٨.

٣. **حسام الدين الأهوانى** ،مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ، بدون اسم ناشر.

٤. **حسن كيره** ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، طبعة ١٩٧١.

٥. **سليمان مرقص** ، أحكام الالتزام، دار الجامعات المصرية للنشر، طبعة ١٩٥٧.

٦. **شمس الدين الوكيل** ، نظرية التامينات فى القانون المدنى الجديد ، دار المعارف بمصر، الطبعة الاولى ١٩٥٦ .

٧. **عبد الرزاق السنهورى**، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول ، مصادر الالتزام ،المجلد الأول، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٦٤.

- مصادر الالتزام، العقد ، المجلد الأول ، دارالنهضة العربية ، الطبعة الثالثة ١٩٨١.
- الجزء الثالث ، المجلد الثانى انقضاء الالتزام ، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٨٤.
- الجزء الرابع، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، طبعة ١٩٦٠.
- الجزء السادس، المجلد الثانى، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، دار النهضة العربية

.١٩٦٤
- الجزء السابع، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ١٩٦٤ .
- الوسيط ٨ حق الملكية،دار النهضة العربية، ١٩٦٨.
- الوسيط ٩ ،أسباب كسب الملكية ،دار النهضة العربية، ١٩٦٨ .
٨. عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات الشخصية والعينية، دار المعارف المصرية ، الطبعة الاولى ١٩٥٠ .
٩. علي البارودي ، القانون التجاري ،طبعة ١٩٩٢.
١٠. على البارودى ومحمد فريد العريني ، القانون التجارى، دار الجامعة الجديدة، طبعة٢٠٠٤ .
١١. محمد فريد العريني، القانون التجاري النظرية العامة للشركة -شركات الأشخاص شركات الأموال، دار المطبوعات الجامعية٢٠٠١ .
- القانون التجاري ،شركات الاموال،دار المطبوعات الجامعية ،٢٠٠١.
١٢. مصطفي رشدي شيحه ، الاقتصاد النقدي والمصرفي ،دار المعرفة الجامعية ،١٩٩٥.
١٣. مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة ١٩٩٩.

ب- المراجع الخاصة:-

١) أحمد سلامة بدر،العقود الادارية وعقد البوت bot ،دار النهضة العربية ،٢٠٠٣.
٢) احمد شرف الدين ، احكام التامين ، الطبعة الثالثه ،بدون تاريخ.
٣) احمد عبد الكريم سلامه ، نظريه العقد الدولى الطليق، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
٤) آمال كامل عبد الله ، النظام القانونى لعقود مبادلة الأصول المالية Swaps، مؤسسة حورس الدولية، بدون

تاريخ.
٥) **أنس جعفر**، العقود الادارية ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
٦) **جابر جاد نصار**، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٢.
٧) **جلال وفاء محمدين** ، الاطار القانونى لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة ،٢٠٠١ .
٨) **حسام عيسي** ، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليا ت القانونية للتبعية الدولية ،دار المستقبل العربي ،طبعة ١٩٨٧.
٩) **حسن هنداوى** ، مشروعات BOOT ، دار النهضة العربية، بدون تاريخ.
١٠) **حسني المصري**، فكرة الترست وعقود الاستثمار المشترك في القيم المنقولة، الطبعة الأولى ١٩٨٥.
١١) **حفيظه السيد الحداد** ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ١٩٩٦ .
١٢) دليل اليونيسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية المموله من القطاع الخاص، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الامم المتحدة، طبعة ٢٠٠١.
١٣) **سميحة القليوبى**، الوسيط في شرح أحكام قانون التجارة الجديد، الطبعة الرابعة، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- شرح قانون رقم ١٧ لسنة١٩٩٩ ،دار النهضة العربية، طبعة٢٠٠٠.
١٤) **السيد ابراهيم تركى** ، دور ضمان انتمان الصادرات في مواجهة مخاطر الانتمان فى عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.
١٥) **السيد عبد المولي**، الوجيز في التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية،

الطبعة الثالثة ١٩٩٩.
١٦) **صلاح الدين جمال الدين** ، عقود نقل التكنولوجيا ، دار الفكر الجامعى ، طبعة ٢٠٠٤.
١٧) **صلاح أمين أبو طالب**، تجاوز السلطة في مجلس ادارة شركة المساهمة، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٩٩.
١٨) **عبد الحميد أبو الروس** ،المباديء القانونية المستخلصة من المراجعة التشريعية لقسم التشريع بمجلس الدولة ،بحث في عقود البناء والتشغيل والتحويل عقود الbot ، الجزء الرابع عن الفترة من أكتوبر ٢٠٠٣ حتى سبتمبر ٢٠٠٤.
١٩) **عبد الرزاق حسين يسن** ، المسئوليه الخاصه بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، الطبعة الاولى ١٩٨٧ .
٢٠) **عبدالفضيل محمد أحمد**، الافلاس وفقا لاحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
٢١) **على جمال الدين عوض** ، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية ١٩٩١ .
- عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
٢٢) **عمرو حسبو** ،التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام bot، دار النهضة العربية ٢٠٠١.
٢٣) **محسن أحمد الخضيري** ، التمويل بدون نقود ،مجموعة النيل العربية، بدون تاريخ.
٢٤) **محسن شفيق**، عقد تسليم مفتاح ، دار النهضة العربية،بدون تاريخ .
٢٥) **محمد الروبي** ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم boot ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤.
٢٦) **محمد بهجت قايد** ، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية نظام ال (B.O.T.) أو البناء والتملك

والتشغيل ونقل الملكية) نظام ال (B.O.O.T)
دار النهضة العربية، بدون تاريخ.
٢٧) **محمد حسين منصور** ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، منشأة المعارف، بدون تاريخ.
٢٨) **محمد عبد المجيد اسماعيل** ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبى الحقوقيه ٢٠٠٣ .
٢٩) **محمد كمال عبد العزيز** ، التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء ، مؤسسة روز اليوسف طبعة١٩٨٠ .
٣٠) **محمد لبيب شنب** ،شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية ، طبعة ١٩٦٢.
٣١) **محمد ماجد محمود**، دور القواعد الدولية الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
٣٢) **محمد ماهر ابو العينين** ، العقود الادارية وقوانين المناقصات والمزايدات ، دار أبو المجد للطباعة ٢٠٠٤.
٣٣) **محمد محمد بدران** ، عقد الانشاءات في القانون المصرى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١
.
٣٤) **مختار عبد الحكيم طلبه**، تطور التشريعات الاقتصادية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠.
٣٥) **مصطفى الجمال** ، السعى إلى التعاقد ، منشورات الحلبى الحقوقية، بدون تاريخ .
٣٦) **مصطفي الجمال، وعكاشة عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول ،١٩٩٨.
٣٧) **مصطفى عبد المحسن حبشى**، التوازن المالى في عقود الانشاءات الدولية، طبعة ٢٠٠٢ .
٣٨) **منير هندى** ، أساليب وطرق خصخصة

المشروعات العامة ، ١٩٩٥ .
٣٩) **نبيل إبراهيم سعد** ، الضمانات غير المسماه ، منشأة المعارف طبعة ٢٠٠٠ .
٤٠) **هاني سري الدين**، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الانشاءات الدولية، بدون تاريخ .
- التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية،٢٠٠١.
٤١) **هشام على صادق** ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، منشأة المعارف ١٩٩٥ .
٤٢) **هشام فضلى** ،تداول الأوراق المالية والقيد فى الحساب ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الطبعة الأولى ٢٠٠٥.
٤٢) **ياسر أحمد كامل الصيرفي**، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، لجنة التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت، ٢٠٠٨.
٤٣) **يوسف عبد الهادى الاكيابى** ، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا ، طبعة ١٩٨٧.

ج- المقالات:

١. **ابراهيم الشهاوي**، عقد امتياز المرفق العام bot دراسة مقارنة،المحاماة ، العدد الثالث٢٠٠٣.
٢. **جمال الدين نصار** ، عقد التشييد فى المشروعات بنظام البوت / البووت ، مجلة التحكيم العربى ، العدد الثالث، اكتوبر ٢٠٠٠ .
٣. **محمد أبو العينين** ، ورقة عمل بعنوان " انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية فى الدول النامية عن طريق نظام البوت bot "، مقدم إلى المؤتمر الدولى عن مشروعات

البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها فى مصر، ميريديان القاهرة، نوفمبر ١٩٩٩.

٤. محمود محمد عثمان خضر ،ورقة عمل بعنوان "تجربة الهيئة العامة لموانيء البحر الاحمر في تشغيل ميناء شمال العين السخنة بنظام bot "، مقدمة للمؤتمر الدولي عن عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية bot وحسم المنازعات الناشئة عنها بمركز القاهرة الاقليمي ٢٨،٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

٥. محمود محمد فهمي ، بحث بعنوان "عقود BOT وتكييفها القانوني" مقدم لمؤتمر: البناء والتشغيل وتحويل الملكية BOT وحسم المنازعات الناشئة عنها، أكتوبر ٢٠٠٠.

٦. هاني سري الدين ، بحث بعنوان " الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها" مقدم كورقة عمل لمؤتمر:

International Conference on successful BOT Projects in Egypt, Meridian hotel November 1999.

- الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر ، مجلة الاقتصاد والقانون، العدد التاسع والستون١٩٩٩.
- التنظيم القانوني والتعاقدي لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية Boot، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد ١٧٧، سبتمبر ٢٠٠٢.
- "الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها" مقدم لمؤتمر: عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية bot وحسم المنازعات الناشئة عنها بمركز القاهرة الاقليمي ٢٨،٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

د- الرسائل:

١. أنس السيد عطية ، ضمانات نقل التكنولوجيا للدول النامية من الوجهة القانونية ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس،١٩٩٦ .
٢. خالد بن محمد عبد الله العطية ، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية ، رسالة ماجستير جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ١٩٩٩.
٣. رشدي صالح عبد الفتاح ،دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام ال bot ،رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ،٢٠٠٥ .
٤. شريف محمد غنام ، أثر تغير الظروف فى عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، ٢٠٠٠ .
٥. عبد الجبار نلجي الملا صالح ،مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ،رسالة ماجستير جامعة بغداد ،١٩٧٤.
٦. عبد الحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمرأو دوري التنفيذ، رسالة دكتوراه جامعة فؤاد الأول ، ١٩٥٠.
٧. عبد الغنى الأزهرى ، التنظيم القانونى لرهن الأوراق المالية دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسي ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة طنطا، ٢٠٠٦.
٨. عوض الله شيبة الحمد السيد ،النظام القانونى لعقود انشاء المنشات الصناعيه بين الدول والشركات الاجنبية الخاصة ، رسالة دكتوراه جامعة اسيوط ، ١٩٩٢ .

٩. **ماهر محمد حامد** ، النظام القانونى لعقد البوت bot ، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق ، ٢٠٠٤.
١٠. **هالة كمال محمد** ، الالتزام بالقيد والإيداع المركزى وفقا لقانون٩٣ لسنة ٢٠٠٠ ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦.
١١. **هشام فضلي** ،عقد شراء الحقوق التجارية ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنوفية،١٩٩٦.

هـ- التشريعات:-

١- قانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر، النشرة التشريعية، العدد السادس، يونيه ١٩٩٦.
٢- قانون ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة، النشرة التشريعية، العدد السابع، يوليو ١٩٩٦.
٣- قانون ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة، لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، النشرة التشريعية، العدد الثاني، ٨ فبراير ١٩٩٧.
٤- قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة، الوقائع المصرية، ، العدد ٦٩، ٢٤ يوليه ١٩٤٧.
٥- قانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، النشرة التشريعية، ابريل ١٩٥٨.
٦- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر)، مايو ١٩٩٧.

٧- قرار رئيس الجمهورية بشأن نظام تقديم خدمات الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد ١٥مكرر، ٢٠٠٢/٤/١٥.

٨- قرار مجلس الوزراء بشأن منح التزام وتشغيل واعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام B.O.T الجريدة الرسمية، العدد ١٤، في ٥ إبريل ٢٠٠١.

٩- قرار مجلس الوزراء رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بشأن منح التزام وتشغيل واستغلال واعادة مطار رأس سدر بنظام ال (B.O.T) لشركة دلتا جلف (شركة مساهمة مصرية)، الوقائع المصرية، العدد ٢٦٤تابع (ب)،١٩نوفمبر ١٩٩٨.

١٠- قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٩ بشأن إعادة رصيف متخصص فى تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة، الوقائع المصرية، العدد ١٧٣تابع، ٥ أغسطس ١٩٩٩.

و- أحكام القضاء والفتاوي الصادرة عن قسم الفتوى بمجلس الدولة

١- دستورية عليا، جلسة ١٩٩٧/٣/٣، الطعن رقم ١٧ لسنة ١٨ ق دستورية، مكتب فني ٨.

٢- نقض مدني ،جلسة ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ ، المكتب الفني السنة ١٠، الجزء ٣ لسنة، صـ ٦٤١،الطعن رقم ٥٢.

٣- نقض مدني ، جلسة١٩٧٦/١/٢٩ ، السنة ٢٧، الطعن رقم ٤٢٣، ٤١ق ، صـ ٣٤٤.

نقض مدني، جلسة ٦/١٨ / ٢٠٠١، المكتب الفنى س ٥٢ ، الجزء الثانى ، الطعن رقم ٥٤١١ لسنة ٦٤ ق ، صـ ٩٢٦.

٤- قضاء اداري ، جلسة ١٩٥٦/٣/٢٥،مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الاداري السنة

العاشرة، حكم رقم ١٤٦ السنة ٨ ق، صـــ٢٥٩ .

٥- قــضاء اداري ، جلــسة١٠/٣/١٩٥٧ ، مجموعــة أحكــام محكمة القضاء الاداري السنة الحادية عشر ،صـ٢٥٤ .

٦- قضاء اداري، جلسة ١٩/٢/٢٠٠٦ ، الدعوي رقم ١٨٦٢٨ لسنة ٥٩ق، غير منشور.

٧- فتوي الجمعيــة العموميــة لقسمي الفتـوى والتشريع رقـم ٨٥، ملف رقم ٤٧ / ٣/ ٣٧٥، جلسة ٤/١/ ١٩٨٩،.

٨- فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع ،الملف رقم١٠٠ / ٢ / ١٤، بتاريخ ١٧/٨/ ٢٠٠٣،غير منشور.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

أ- المراجع العامة:

1. **Benabent (Alain)**, droit civil, les contrats spéciaux civil et commerciaux, 4e edition.
2. **Chapus (René)**, droit administratif général, tome2, 8e édition.
3. **De Laubadère (André),Venezia Jean-Claude, Gaudemet Yves**, droit administrative, 15 édition.
4. **Mazeaud (H, L & J)** , Leçon de droit civil, T.2, 2 eme vol.1976.
5. **Weill (Alex)**, droit civil les biens, dalloz, 1970.

ب- المراجع الخاصة:-

1) **Dompgnac- Xavier (Latour)**, les garanties financiers et bancaires dans les contrats nord-sud, in contrats internationaux et pays en developpement, hervé caussain, economica 1989.
2) **Framageau - (Jérôme), Buttinger (Philipe)**, Droit de l'Environment.
3) Guide pratique du financement des enterprises, 3ème édition 1986.
4) **Simler (Philippe)**, le cautionnement et garanties autonomes, 2e edition.
5) **Teyssié (Bernard)**, les Groupes de contrats, bibliothèque de droit privé, 1975.
6) **Witz (Claude)**, la fiducie en droit privé

français, Economica.

ج- المقالات:-

1) **Allen & Overy**, les garanties contractuelles d'exécution, financement de projets. http://www.le-juriste.com/
2) **Blancard (Patrick)**, montage contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Ètat en development, RDAI, No 4/5, 1998.
3) **Chartier (Frédéric)**, evolutions de la jurisprudence en matière de garanties à première demande, Banque, n 468, janvier 1987.
4) **Clement Jean (Nicolas)**, "Les responsabilités en cas de pollution".

http://www.troyes.cci.fr/pdf/jae1_clement.pdf
5) **David (Nicolas)**, les clause de stabilité dans les contrats pétroliers, journal de droit international (JDI), 1993.
6) **De cazalet (Bruno)** et **Reece (Rupert)**, conditions applicables aux contrats de conception – construction et clé en mains, RDAI, n 3, 1996.
7) **Dessault (François)**, L'obligation d'achats dans certain contrats internationaux de fornitures, RDAI /IBLJ, n[1], 1998.
8) **D'Hollander (Juliette)** et **Lefebvre (Guy)**, le contrat international d'ingénierie-construction: étude comparée des contrats

– types et de la pratique contractuelle des sociétés quebécoises. http://www.lexum.umontreal.ca
9) **Dubisson (Michel)**, le droit de saisir in les cautions de soumission et les garanties de bonne execution, DPCI, octobre 1977, tome3, no 4.
10) **Henri - Ganem (Pierre)**, financment de grands projects internationaux, RDAI, n 2, 1997.
11) **kahn (Philipe)**, force majeure et contrats internationaux de longue durée, JDI, 1975.
12) **Lamethe (Didier)**, les relations entre les gouvernement et les enterprises en matiere de grands projects d' investissement, JDI, n1, 1998.
13) **Lange – (Rive)**, Garanties Internationales et cautions, Banque, n 468, Janvier 1987.
14) **Loncle Jean (Marc)**, Grands projects d'infrastruatures; le montage Build, Operate, transfer (BOT), RDAI, n 8, 1996.
15) **Marcel (Sermat)**, Banque, n 517, juin 1991.
16) **Nouel Gide (Loyrette)**, La titirisation:quelle opportunité?, le juriste. www.legal500.paris.com/
17) **Peyramure (Philippe)**, Les

problèmes juridiques liés à l'intervention de la banque, Banque & droit, Jan-fév 1994.

18) **Le Tourneau (Phillippe)**, le contrat de maintenance, Gaz .pal 1998, 2 sem.

19) **Quignards (Bernard)**, les contrats de maintenance, Gaz.pal, 17 janvier 1991, 1er sem,Doctrine.

20) Revue concession-bot, no7, décembre 1999.

21) **Touraine (Hervè)**, titrisation internationale, transfert des créances et des sûretés: panoramas du législations éuropéennes, DPCI, n °3.1996.

22) **Vandomme (Laurent)**, "to time, to budget,to specification: L'allocation Des Risques pré –opérationnels dans les cadre des financement de Projets BOT, Revue de Droit des affaires Internationales (RDAI), Décembre 1999, n 8 .

23) **Witz (Claude)**, les sûretés mobilières anglo-américaines au régard du droit français des sûretés, RD bancaire et bourse, n°32, 1992.

د- الرسائل

1) **Abdel Baki (Samy)**, les projets internationaux de construction menés selon la formule B.O.T. build operate transfer , thése, Paris 1,2000.

2) **Bureau (Antoine)**, la contrat de fiducie-sûretès, étude de droit comparé Allemagne, France, Luxembourg, mémoires, université nancy. http://juripole-unancy.fr/memoires

3) **Khater helmy (Cherif)**, le contrat de concession de service public ou Bot en droit français et égyptien étude comparée de l' evolution contemporaine, these, Paris 1, 1992.
4) **Zallam (Abdul karim)**, les contrats internationaux de construction, exploitation, transfert, these Paris 2, 2002.

ثالثا:المراجع الانجليزية:

أ- المراجع العامة والخاصة:

1) **Buljevich C. (Esteban)**, project financing and the international financial markets, Kluwer Academic publisher, 1999.
2) Guide lines for infrastructure development through build-operate- transfer (bot) projects, Unido, Vienna, 1996.
3) **Hunter (David), Ashford (Beven)**, the major players and the structure of their contractual relationships in public private partner ships and PFI, Sweet and Maxwell.
4) **Merna (Tony) & Grimsey (Darrin)**, "Operation & Maintenance", in A. Merna &

N.J Smith (eds) Privately Financed Concession Contracts, 1996.

ب- المقالات:

1) **Bruner lane (Philip),** force majeure under international law and international construction contracts, ICLR, 1995.
2) **Campbell (Nigel), Bevan (Ashford),** share holders agreement, public private partner ships and PFI, sweet and Maxwell.
3) **Comeaux E. (Paul), Kinsella N.Stephan,** reducing political risk in developing countries. http://www.kinsellaw.com/
4) **Dailami (Mansoor), Danny (Leipziger),** infrastructure project finance and capital flow: new perspective. http:// www.rru.worldbank.org/
5) **Guislain (Pierre)** and **Kerf (Michel),** concession-The way to privatize infrastructure sector monopolies, note n.59. http:// www.rru.worldbank.org/

6) **Harris (Linda)**, Operation and Maintenance Responsibilities of Storm water BMPs. http:// www.rru.worldbank.org/

7) **Huse A. (Joseph)**, use of the Fidic orange book in the context of a B.O.T. project, international construction law review (ICRL), 1996.

8) **Jenkis (Jane) & Ryder (Dominique)**, in search of the holy grail, ICLR, 1995.

9) **Pritchard (Nigel)**, Operating and Maintenance agreements – the poor relation amongst project agreements, ICLR, 1996.

10) **Scriven (John)**, a banking perspective on construction risks in BOT schemes, ICLR, part3, July 1994,

11) **Stein W. (Stephen)**, build–operate–transfer (B.O.T) a re–evaluation, ICRL, 1994.

ج- الشبكة الدولية للمعلومات:

1) www.loc.gov/

2) www.gidb.org/botact.pdf

3) www.eastlaws.com
4) www.concession-bot.com
5) http://www.lexum.umontreal.ca/
6) http://www.le-juriste.com/
7) http://www.findlaw.com
8) http://www.buildexonline.com/
9) http://www.bakerinfo.com/
10) http://juripole-unancy.fr/memoires
11) http:// www.rru.worldbank.org/

د - قائمة بالمختصرات ومقابلها:-

DPCI = Droit et pratique de commerce international
Gaz.pal = gazette de palais
IBLJ= International Business law journal .
ICLR = International construction law review.
JDI = Journal de droit international.
N.Y.L. sch. J. Int'L & Comp. L
Newyork law school journal of international and comparative law.
RD bancaire et bourse = Revue de droit bancaire et bourse.
RDAI = Revue de droit des affaires internationales.

الفهـــرس

رقم الإيداع	٢٠٠٩/٢٠٤٩٦
الترقيم الدولى I.S.B.N	
978-977-328-653-3	




دار الجامعة الجديدة

٢٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

Email darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com